TRATADO

DE LOS

CONTRATOS DE BENEFICENCIA.

POR POTHIER.



TRATADO

DE LOS

CONTRATOS

DE

BENEFICENCIA,

POR POTHIER

Traducido al español con notas de derecho patrio

Por una Sociedad de Amigos Coloboradores.







Barcelona.

Imprenta y Litografía de J. ROGER editor,

Calle de la Union.

1845.



Tratado

DE LOS

CONTRATOS DE BENEFICENCIA.



ARTICULO PRELIMINAR.

Los contratos de beneficencia son aquellos que se hacen en utilidad de una sola de las partes, en lo cual se diferencian de los de interes recíproco de que hemos tratado hasta ahora.

El principal de estos contratos es el de donacion ; mas como no siempre se hacen las donaciones por contrato, reservamos el tratar de ellas separadamente en otra parte, donde veremos todo lo relativo á donaciones asi entre vivos como testamentarias.

Los otros contratos de beneficencia son el *Comodato* y el *Precario* , que seràn objeto del tratado siguiente : el *Mutuo* y demas materias que tienen con él relacion, serán objeto de otro tratado: el *Depósito* nos prestará materia para el tercero , y en el cuarto hablaremos del *Mandato* y del cuasi contrato *Negotiorum gestorum*.

TRATADO
DEL
Comodato y del Precario.

El comodato es un contrato por el cual uno de los contraentes dá al otro una cosa, á fin de que se sirva de ella para cierto uso; y el que la recibe, se obliga á devolvérsela despues de haberse servido de la misma.

Se llama *comodante* el que presta la cosa á otro, ya virifique el mismo la entrega, ya se valga para ello del ministerio de otra persona. Se llama *comodatario* el que recibe la cosa, tanto si la tradicion se hace á él mismo, como si se hace por su orden á otro.

En el primer capítulo trataremos de la naturaleza de este contrato, de las personas entre las cuales puede intervenir, y de las cosas que pueden ser su objeto. En el segundo hablaremos del derecho que dá al comodatario el comodato, y de sus obligaciones. En el tercero de las del comodante. El cuarto será concerniente al *Precario* y á algunas otras especies de comodatos diferentes del que acabamos de definir.

CAPITULO I.

DE LA NATURALEZA DEL COMODATO; ENTRE QUE PERSONAS PUEDE INTERVENIR, Y QUE COSAS PUEDEN SER OBJETO DEL MISMO.



SECCION I.

DE LA NATURALEZA DEL COMODATO.

1. En esta seccion examinaremos, 1°. que cosas constituyen la esencia del comodato; 2°. á que clase de contratos pertenece; 3°. que relaciones tiene con algunos otros contratos, y que diferencias.

ARTICULO I.

QUE COSAS CONSTITUYEN LA ESENCIA DE ESTE CONTRATO.

2. Es de la esencia de este contrato, que haya 1°. una cosa que sea prestada; 2°. un cierto uso para el cual se preste. No importa cual sea este, puesto que hay comodato, no solo si se presta la cosa para el uso que le es propio, como cuando se presta una cama para dormir, ó un caballo para hacer un viage; si que tambien cuando se presta la cosa para cualquier otro uso, sea el que fuere.

Ejemplo. Asi es que habrá comodato, cuando alguno me presta unos muebles para darlos en peño á mi acreedor que no quiere desistir de su demanda sin esta condicion.

De otra suerte seria, si mi amigo en lugar de prestarme á mí los muebles para que los diese en peño, los entregase él mismo á ruegos mios á mi acreedor para seguridad de su crédito; pues entonces habria un mandato entre mi amigo y yo; *l.* 5, §. 12, *ff. commod.*

3. 3°. Es de la esencia de este contrato que se conceda el uso gratuitamente: si media alguna recompensa, es un comercio; no

hay comodato, sino una locacion-conduccion, si la recompensa consiste en dinero; ú otro contrato innominado, que se parecerá mas á la locacion-conduccion que al comodato, cuando la recompensa consiste en cualquier otra cosa ó en algun hecho.

Ejemplo. Asi es que si presto á alguno mi buey por seis dias con obligacion de que me preste él despues el suyo por otro tanto tiempo; decide Ulpiano que no hay comodato, sino otro contrato innominado; *l.* 59, §. 3, *ff. prœscr. verb.*

4. 4°. Es de la esencia del comodato que el comodatorio se obligue á devolver la misma cosa individualmente, despues de haberse servido de ella, y por consiguiente despues que se le haya entregado, sino se halla ya en su poder; porque la obligacion de devolverla presupone que la tiene.

5°. Es de la esencia de este contrato que el comodatario solo reciba la cosa para destinarla al uso para el cual se le presta, y que el comodante conserve no solo su propiedad, si la tiene, si que tambien la posesion por medio del mismo comodatario que se reputa detentar la cosa en nombre del que se la prestó *ll.* 6, y 8, *ff. commod.*

6°. Finalmente es de la esencia de este contrato que intervenga el consentimiento de las partes en la cosa prestada, en el uso para el cual se presta, y en la restitucion que de la misma debe hacerse.

ARTICULO II.

A QUE CLASE DE CONTRATOS PERTENECE EL COMODATO.

5. Es evidente que el comodato es de la clase de los contratos de beneficencia, siendo como es esencialmente gratuito. No es mas que un beneficio ó favor que hace el comodante al comodatario, concediéndole sin interes alguno el uso de su cosa.

6. Es asimismo de la clase de los contratos *reales*, es decir, de aquellos que solo se forman por la tradicion de la cosa. En efecto imposible es concebir un comodato, sino se ha entregado la cosa cuyo uso se concede, ni la obligacion de devolverla, esencial á este contrato, ya que no puede haber tal obligacion antes de haberse recibido dicha cosa. Aun cuando tengan valor entre nosotros aquellos pactos que los romanos llamaban *nudos*, y produzcan

obligaciones civiles, no podrá decirse que el pacto por el cual me obligo á prestar el uso de alguna cosa, sea un verdadero comodato sino mas bien una promesa de comodato, tan diferente del mismo contrato como lo es de la compra y venta una promesa de vender. El verdadero comodato se formará cuando en cumplimiento de esta promesa entregue yo la cosa.

Si bien es verdad que hallándose ya la cosa en poder del comodatario por habérsele dado en depósito, ó por otra causa, adquiere el comodato toda su perfeccion con el solo consentimiento; esto es, porque la tradicion se habia hecho antes, y siempre puede decirse con verdad que el comodato es un contrato real, que solo se forma por la tradicion actual ó precedente. En una palabra, es preciso que la cosa prestada se ponga en manos del comodatario, ó que se halle ya en su poder.

7. Es el comodato un contrato sinalagmático ó bilateral que produce por una y otra parte obligaciones. No es sin embargo de la clase de aquellos que son perfectamente sinalagmáticos, y en los cuales la obligacion de cada uno de los contraentes es igualmente principal, como en la compra y venta, locacion-conduccion, sociedad, etc. sino de aquellos que lo son menos perfectamente, porque solo es aqui obligacion principal la del comodatario; y por esto se la llama *obligatio commodati directa*, naciendo de ella la accion *commodati directa* que el comodante tiene contra del comodatario. Por el contrario la obligacion del comodante solo se mira como accidental, indirecta, y por esto se llama *obligatio commodati contraria*, y la accion que de ella nace, se llama tambien *commodati contraria*. V. *Trat. de las oblig. n.* 9.

8. Finalmente el comodato es de la clase de aquellos contratos que se llaman *juris gentium*, puesto que solo se observan con él las reglas de derecho natural, sin estar sugeto á formalidad alguna por el derecho civil. Si algun requisito es necesario, es mas bien como prueba del contrato, que como substancia del mismo; *Trat. de las oblig. n.* 15.



ARTICULO III.

DE LA SEMEJANZA Y DIFERENCIAS QUE TIENE EL COMODATO CON OTROS CONTRATOS.

---

9. El comodato tiene algo de donacion. Encierra un beneficio, pues el comodante da gratuitamente como en la donacion alguna cosa al comodatario: se diferencia empero de la donacion en que por esta se dá la cosa misma cuya propiedad transfiere el donador al donatario, en lugar de que por el comodato no es la cosa misma la que da el comodante, sino solo el uso, conservando la propiedad de la cosa prestada y aun la posesion, segun hemos visto antes, n. 5, y el comodatario se obliga á devolver la misma cosa.

10. El comodato guarda tambien cierta analogia con el mutuo; contienen uno y otro un beneficio que solo es imperfecto, en cuanto por uno y otro contrato se obliga el que recibe la cosa á la devolucion. Mas son diferentes estos contratos en cuanto por el comodato el comodante conserva la propiedad de la cosa prestada, la cual debe devolvérsele *in individuo*; y por el mutuo la cosa prestada, como que ha de ser de aquellas que se consumen necesariamente con el uso, pasa en posesion y dominio el que la recibe en préstamo, y el que la presta solo se constituye acreedor de una suma ó cantidad igual á la prestada, que el que la recibió está obligado á devolverle.

11. Finalmente el comodato tiene alguna analogia con la locacion=conduccion, y con los otros contratos *innominados* por los cuales el que presta una cosa exige del que la recibe alguna recompensa. La semejanza está en que la materia de tales contratos lo mismo que del comodato, es el uso de alguna cosa concedido por uno de los contraentes al otro; empero el ser este contrato gratuito es lo que le distingue de tales contratos, de manera que son tan esencialmente diferentes, como que no producen las mismas obligaciones.

12. El convenio con que tiene mas semejanza el comodato de que estamos tratando, es el precario que no es mas que una especie de comodato. Haremos notar algunas diferencias entre ellos en el capítulo cuarto destinado al sobredicho convenio.

SECCION II.

DE LAS PERSONAS ENTRE LAS CUALES PUEDE CELEBRARSE EL COMODATO, Y DE LAS COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DEL MISMO.



ARTICULO I.

DE LAS PERSONAS ENTRE LAS CUALES PUEDE CELEBRARSE EL COMODATO.

---

13. El comodato nada tiene de particular en cuanto á esto Pueden celebrarlo todas las personas capaces de contraer, y es evidente que no podrá intervenir entre incapaces.

Ejemplo: Si un loco me hubiese prestado una cosa, no puede decirse que haya mediado entre nosotros un comodato, y ni de una ni de otra parte se han contraido las obligaciones propias de tal contrato. Si yo estoy obligado á devolver la cosa, no es en virtud de un comodato que no existe, sino de la ley natural que obliga á todos los que poseen sin causa cosas agenas, á devolverlas á sus dueños: y de la propia suerte si el loco está obligado á reintegrarme todas las expensas extraordinarias hechas por mí para la conservacion de la cosa que recibí de él, y de las cuales se aprovecha, no es por el comodato, sino por la sola equidad natural que no permite que nadie se enriquezca en perjuicio de otro; *l.* 206, *ff. de reg. jur.*

Otro tanto debe decirse del comodato que hubiese otorgado una muger que se halla en poder de su marido.

No empero es lo mismo por lo que mira al que hubiese celebrado un menor que si bien sugeto á la potestad de tutores ha pasado la edad de la infancia, y puede saber ya lo que se hace: los contratos de tal menor no son absolutamente nulos, como los de una muger casada que contrae sin autorizacion del marido. Aun cuando dicho menor no se obligue contratando sin autoridad de sus tutores, sino en cuanto se aproveche del contrato, sin embargo obliga á los que con él contratan: y por esto subsiste el contrato por parte de estos; *Instit. de aut. tut.*: por esto valdria el comodato que un menor hubiese otorgado sin di-

cha autoridad, y produciria en el comodatario todas las obligaciones propias de este contrato.

En cuanto á las personas incapaces de contratar, véase nuestro *Trat. de las oblig. part.* 1, *cap.* 1, *sec.* 1, *art.* 4.

ARTICULO II.

DE LAS COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DEL COMODATO.

14. Pueden ser objeto de este contrato todas las cosas que se hallan el el comercio de los hombres, y que no se consumen con el uso.

Los muebles son los que mas comunmente se prestan; todos los dias se ve prestar un amigo á otro su coche, su caballo, su libro, etc.

Sin enbargo tambien las inmuebles pueden ser objeto de este contrato, pues que se ve todos los dias que presta un amigo á otro su bodega, sus trojes, un aposento de su casa, etc.

15. No solo las cosas profanas pueden darse en comodato, sino tambien las consagradas al servicio de Dios, y que por esta razon se hallan fuera del comercio de los hombres, con tal que el comodato se conceda para usos religiosos.

Ejemplos, I: Cuando en una iglesia tiene que celebrarse una grande festividad, y para ella se necesitan mas ornamentos sagrados de los que tiene aquella iglesia, vemos todos los dias que se piden prestados á otras iglesias, celebrándose de esta manera un verdadero comodato.

II: Si mientras que deban hacerse en una iglesia parroquial algunas reparaciones que la hacen inhabitable, los clérigos de otra parroquia conceden á los que tienen que abandonar la suya, el que puedan celebrar los oficios parroquiales en esta iglesia, hay en esto un verdadero comodato.

16. Los escritos condenados por el rey ó por los magistrados, no pueden ser objeto de un comodato legitimo: el decreto que prohibió retenerlos, prohibe tambien prestarlos, y el comodato que sobre ellos versase, seria una contravencion al decreto, y nulo por consiguiente; *l.* 6, *cod. de pact.*

Lo mismo debe decirse de los malos libros, sobre todo aquellos que no contienen mas que obscenidades, y no pueden servir mas

que para corromper las costumbres y moral pública. Esto se entiende aun cuando no haya ley ni orden alguna que los prohiba, puesto que un comodato sobre tales libros es contrario á las buenas costumbres, y nulo por lo tanto, segun la ley que acabamos de citar.

17. Es evidente que las cosas que se consumen con el uso, no pueden ser objeto del comodato, porque siendo de la naturaleza de este contrato que el comodatario devuelva la cosa *in individuo* despues de haberse servido de ella; no podria esto verificarse en cosas que se hubiesen consumido ó destruido por el uso; y por consiguiente no pueden ser objeto de este contrato.

Sin embargo pueden á veces semejantes cosas ser objeto del comodato: cuando, á saber, se prestan no para el uso natural á que tales cosas son destinadas, sino solo para hacer de ellas ostentacion: porque como tal uso no las destruye, nada impide que para él puedan prestarse. Asi lo deciden la ley 3. §. *fin. y* 4 *ff. commod.* Asi acostumbran hacerlo los recaudadores infieles, que habiendo prestado á usura el dinero recaudado, si saben que ha de irse á visitar la caja, piden á sus amigos algunos talegos de dinero para presentarla llena, y los devuelven *in individuo* tan luego como ha pasado la visita.

18. Poco importa que la cosa sea ó no del que la presta. Asi si un ladron hubiese prestado la cosa robada, verifícase un verdadero comodato, que obliga al que la recibió á devolverla al ladron, de la propia suerte que si fuese una cosa suya; *l.* 1 y 16 *ff. eod.* Vease una limitacion de lo dicho *infrà cap.* 2, *secc.* 2 *art.* 1, §. 4.

19. No puede empero prestarse á uno su propia cosa. Asi es que si uno que tenia una cosa mia, me la presta sin saber yo que me pertenece, es nulo el contrato, y no quedo obligado á devolverla.

Esta regla sufre excepcion cuando el que presta la cosa á su dueño, tiene derecho de poseerla y disfrutarla.

Ejemplo: Si un acreedor á quien hubiese dado yo en peño mis colgaduras de damasco, me las prestase despues para alguna festividad, hay aquí un comodato válido de mi propia cosa; porque no pudiendo yo poseerla ni gozarla, aunque sea mia, puede dárseme en comodato, paraque en fuerza de este contrato pueda servirme de ella, lo que de otra suerte no podria hacer por teneria empeñada.

CAPITULO II.

DEL DERECHO QUE DA EL COMODATO AL COMODATARIO, Y DE SUS OBLIGACIONES.



SECCION I.

DEL DERECHO DEL COMODATARIO.

20. El derecho que el comodato da al comodatario para servirse de la cosa que se le prestó, lo mismo que el que da el arrendamiento al arrendatario, no es un derecho en la cosa, sino meramente personal contra el comodante, hijo de la obligacion que este contrae de permitir que aquel se sirva de la cosa, durante el tiempo y para el uso convenido.

Ese derecho da al comodatario una accion contra el comodante y sus herederos, siempre que le perturbasen en el uso que pueda hacer de la cosa. Hablaremos de esta accion en el capítulo siguiente, donde tambien trataremos de la excepcion que le compete contra la demanda intempestiva que le pueda entablar el comodante para hacerse devolver la cosa.

21. Este derecho que tiene el comodatario, se limita al uso para el cual se le prestó la cosa, sin que le sea permitido servirse de ella para otro uso.

Ejemplo: Si un amigo me hubiese prestado en Orleans su caballo para llegar hasta Beaugency, no podré pasar de allí. Mas si al llegar me obliga á ir mas lejos un negocio de mucha importancia, que no habia previsto cuando pedí que se me prestase el caballo, y las relaciones de amistad que me unen con el comodante, y el conocimiento que tengo de su buen carácter, me hacen presumir que no me habria negado su caballo para llegar hasta el lugar á que mis negocios me llaman, podré lícitamente servirme de él para esos usos.

De otra suerte debiera decidirse, si cuando se me prestó el caballo para ir á Beaugency, sabia ya que tal vez tendria que llegar mas léjos, y no lo hubiese manifestado al que me prestó su caballo.

22. Cuando el comodatario, sin conocimiento y contra la voluntad del comodante se sirve de la cosa prestada para otro uso diferente de aquel para el cual se le prestó; no solo falta á la buena fe necesaria en el comodato, sino que comete ademas un robo del uso. Asi lo enseña Paulo en la *ley* 40, *ff. de furt.*. Lo mismo decide Ulpiano en la *ley* 5, §. 8, *ff. Commod.* No hay por cierto robo de la cosa misma prestada, lo hay empero del uso; que tambien del uso hay robo, segun enseña la definicion que de él se da; *contractatio rei fraudulosa..... vel rei, vel etiam usus ejus, possessionisve*; *l.* 1, §. *fin*, *ff. de furt.*

SECCION II.

DE LAS OBLIGACIONES DEL COMODATARIO

23. Las obligaciones que el comodatario contrae son, de restituir la cosa que se le prestó, y de conservarla. De estas dos obligaciones hablaremos en los dos primeros artículos de esta seccion. En otro tercero examinaremos si el comodatario debe indemnizar al comodante por la pérdida ó menoscabo de la cosa acaecido por caso fortuito; finalmente destinaremos otro cuarto artículo á la accion *commodati directa*, que nace de las obligaciones del comodatario.

ARTICULO I.

DE LA OBLIGACION DE RESTITUIR LA COSA PRESTADA.

Es preciso examinar, 1°. cuando el comodatario está obligado á restituir la cosa prestada; 2°. á quien; 3°. donde y en que estado; 4°. que excepciones puede oponer pera no verificarlo.

§. I.

Cuando debe el comodatario restituir la cosa.

24. El comodatario no está obligado á restituir la cosa hasta pasado el tiempo señalado en el contrato; y cuando no se señala, hasta despues de aquel que le fuese necesario para el uso por el cual se le prestó la cosa.

El comodante no puede sin injusticia pedir antes la restitucion,

porque si bien hubiera podido sin injusticia dejar de prestar, despues que consintió en ello, tiene obligacion de dejar al comodatario lo cosa por todo el tiempo necesario, de otra suerte engañaria al comodatario que contando sobre el comodato que se le otorgó, despreció tal vez otros medios que se le presentaban para procurarse la cosa que necesitaba. Así lo enseña Paulo en la *l.* 17, §. 3, *ff. commod.*

25. Esta decision tiene lugar aun cuando por aquel tiempo tuviese el mismo comodante necesidad de la cosa que prestó, con tal que esta necesidad hubiese podido preverse, y pueda diferirse; porque al prestarla consintió tácitamente en privarse de su uso por todo el tiempo que el comodato debia durar, aun cuando tuviere necesidad de ella, siempre que pudo preverlo.

Mas si la necesidad sobrevenida al comodante fuese apremiadora ó imprevista, podria entonces pedir la restitucion de la cosa, aunque no hubiese vencido el plazo para el cual se prestó; porque no puede presumirse que nadie haya querido hacer un favor á otro con notable perjuicio suyo, y si alguno presta su cosa, es porque cree que entretanto podrá pasarse sin ella, y por esto debe siempre entenderse tácitamente exceptuado del permiso que de usar de la cosa se concede por el comodato, el caso en que le sobreviniere á este alguna necesidad apremiadora é imprevista. Esta es la opinion de Puffendorf que me parece muy equitativa.

Sin embargo á pesar de esta necesidad apremiadora é imprevista, si el comodatario no pudiese devolver la cosa sin riesgo de sufrir un grande perjuicio, podria pedir que se le concediese el cumplir la obligacion por equivalencia, es decir, facilitándome una cosa semejante, paraque me sirva de ella en lugar de la mia hasta que él pueda devolvérmela, y yo le restituya la que él me facilitó.

Ejemplo : Si mientras que las bigas que presté á mi vecino le sirven para sostener una pared de su uso, que está reparando, me sobreviniese de pronto necesidad de apoyar la mia, y le pidiese para este objeto las bigas prestadas; debe permitírsele el que me proporcione á costa suya otras que me sirvan en lugar de las mias, que no puede retirar sin gran riesgo, hasta haber concluido las reparaciones de su pared.

26. Otro caso hay en que puede el comodante pedir la restitucion de la cosa antes del tiempo por el cual la prestó, y es cuando se haya enteramente acabado el uso para el cual se prestó.

Ejemplo : Si hubiese prestado un manuscrito á Andres por 15 dias, á fin de que sacase de él una copia, y esta se hallase ya concluida al cabo de ocho dias; puedo pedir que me lo devuelva sin aguardar á que cumplan los quince dias: porque habiéndolo enteramente copiado y comprobado, y de consiguiente habiendo ya hecho de él todo el uso que habia sido objeto del comodato, no tiene Andres motivo alguno para conservarlo: los quince dias se habian fijado á fin de evitar un plazo mayor, empero no paraque pudiese el comodatario Andres retener sin motivo ni objeto una cosa agena.

Empero si se hubiese expresado el tiempo, no solo para evitar mayor dilacion en el uso, sino tambien por alguna otra razon, como si habiendo Andres salido al campo sin contar volver antes de quince dias, se hubiese arreglado el tiempo de la restitucion al en que deberia estar de vuelta; no deberé entonces sin una necesidad urgente, por mas que se haya concluido el uso, pedirsela antes del tiempo prefijado por medio de un expreso que costaria su dinero á Andres; sino que deberé aguardar á que despues del tiempo convenido vuelva del campo, y me devuelva el manuscrito.

27. Finalmente hay otro tercer caso en que puedo antes de finido el tiempo expresado en el contrato pedir la restitucion de la cosa, y es cuando aquel á quien la habia prestado para un uso que le era personal, muere antes de la conclusion de dicho tiempo.

Ejemplo : Si hubiése prestado un libro á un sabio amigo mio, á fin de que se sirviese de él para la composicion de una obra en que trabajaba, y hubiese muerto al cabo de seis meses; podré pedir inmediatamente sin esperar que se cumpla el tiempo, que sus herederos me restituyan el libro, ya que no media razon para que continuen teniéndolo, siendo personal al difunto el uso para el cual se lo habia prestado.

No fuera así, si el uso no fuese personal : en este caso los herederos de mi amigo podrian servirse de la cosa, sin que pudiese yo reclamarla hasta que hubiesen acabado de servirse de ella.

Ejemplo: Si hubiese prestado mi caballo á un vecino paraque le sirviese durante todo el tiempo de la vendimia para la conduccion de las ubas á sus lagares, en este caso aun cuando él hubiese muerto, como fuese antes de concluirse la vendimia, podrán sus

2

herederos servirse del caballo para el uso, para el cual se prestó, sin que pueda yo reclamarlo hasta concluida la vendimia. La razon está en que en este como en los demas contratos se reputa que contratamos para nosotros y para nuestros herederos: y por esto así las obligaciones que de ellos nacen, como los derechos que resultan, pasan á nuestros herederos, siendo aptos para ello.

28. Aunque por lo regular no pueda el comodatario retener la cosa despues del tiempo para el cual se le prestó, no obstante si tuviese necesidad de ella por algunos dias mas, á fin de concluir el uso para el cual se le prestó, y el comodante no sufriese perjuicio alguno por este retardo, deberia permitírsele que la retuviese por este poco tiempo.

Todavia mas: aun cuando el comodante sufriese algun perjuicio con ese retardo, si fuese todavia mayor el que habia de sufrir el comodatario restituyendo incontinenti la cosa prestada, deberá dejársele con obligacion de indemnizar al comodante del perjuicio que en ello sufre. Los deberes de la amistad que le movió á prestar su cosa, exigen esos temperamentos.

§. II.

A quien debe restituirse la cosa prestada.

29. La cosa prestada debe restituirse al comodante. Aun cuando la tradicion se hubiese verificado por medio de otra persona, no debe el comodatario devolver á este la cosa, porque no es él quien en realidad se la prestó; sino al verdadero comodante, en cuyo nombre y representacion se la entregó el otro, *supra*, *n*. 2.

30. Entiéndese devuelta la cosa al comodante, cuando se entregó al que tenia de él poderes para recibirla, segun aquella regla de derecho, *quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset*; *l*. 180, *ff. de reg. jur.*; y segun los principios generales por nosotros sentados en el *Trat. de las oblig. part.* 3, *cap*. 1, *art*. 2, §. 2, á que nos referimos.

31. Segun estos mismos principios tambien se entiende devuelta al mismo comodante la cosa, cuando se entrega á alguno que tiene alguna calidad para cobrar por él, como si se hubiese devuelto á un tutor por su pupilo, á un marido por su muger, etc. V. *Trat. de las oblig. part.* 3, *cap*. 1. *art*. 2, §. 3.

32 A veces no debe devolverse la cosa á la misma persona que la presta: esto tiene lugar, 1°. cuando dicha persona perdió despues de verificado el comodato su vida civil. Si esto fuese por haber entrado en religion, la cosa solo puede devolverse válidamente á sus herederos ó sucesores universales, que recogieron la herencia, á que dió lugar su profesion.

33. 2°. No puede devolverse la cosa al mismo que la prestó, si despues de esto hubiese cambiado de estado.

Ejemplo: Si una jóven me hubiese prestado alguna cosa, y despues se hubiese casado constituyéndose bajo la potestad marital, entonces no deberá ya volverse á ella la cosa prestada, sino á su marido, puesto que la restitucion hecha á ella misma solo me relevaria de mi obligacion de devolver la cosa en el caso en que hubiese despues llegado á manos de su marido, ó bien este lo hubiese consentido, ó en fin en el caso en que tuviese yo un justo motivo para ignorar su cambio de estado. Por la misma razon si al comodante se le hubiese quitado despues de verificado el comodato la administracion de sus bienes, á causa de su locura ó prodigalidad, no deberé devolver á él la cosa sino á su curador.

34. Aun cuando el comodante que ha dado señales de locura, no hubiese sido declarado inhábil para administrar sus bienes, si el comodatario tuviese noticia de su locura, no deberia devolverle á él la cosa prestada; y aunque lo verificase, no quedaria libre de su obligacion, en lo cual se diferencia un loco de un pródigo, pues este no está privado de la administracion de sus bienes hasta despues de la sentencia de interdiccion, cuando el loco por el mero hecho de serlo se hace incapaz sin necesidad de sentencia alguna.

Es de advertir sin embargo que si el comodatario, cuando devolvió la cosa á un loco, á quien no se habia aun quitado la adadministracion de sus bienes, no solo no tuviese conocimiento de su locura, sino que ni aun hubiese podido tenerlo á causa de no presentarse la locura con síntomas visibles, aun cuando la restitucion no fuese de todo punto válida á causa de la incapacidad de la persona á quien se hacia, queda no obstante él libre de su obligacion, puesto que basta para ello que haya dejado de tener la cosa que habia de restituir, y que si el comodante ha dejado de tenerla, haya sido esto sin culpa alguna de su parte.

Cuando el comodatario despues de haberse servido de la cosa, quiere restituirla, sino hay persona á quien poder hacer la resti-

tucion, porque el comodante no tiene todavia curador, puede requerir á sus parientes paraque se lo nombren, ó acudir al tribunal con este objeto. Este es el medio que tienen todos los deudores que quieren pagar.

35. Cuando el comodante es un menor, si lo prestado es una cosa de su uso propio que su padre ó tutores le dejaban tener; aunque lo hubiese prestado sin conocimiento de su padre ó tutor, podrá el comodatario devolverla á él mismo, y tambien á su padre ó tutores; como si un estudiante hubiese prestado á otro alguno de sus libros. Asi es que, aun cuando el estudiante hubiese despues perdido el libro que el comodatario le devolvió; no por esto dejaria este de quedar libre de su obligacion, á pesar del principio de derecho que establece que no puede pagarse á un menor sin consentimiento de su tutor: porque al dejar el padre ó tutor que este menor tuviese y manejase alguna cosa, consienten virtualmente en que aquellos á quienes la hubiese prestado, puedan devolverla á él mismo.

§. III.

Donde y en que estado debe devolverse la cosa.

36. Cuando se expresa en el contrato el lugar donde debe devolverse la cosa prestada, alli debe verificarse la restitucion. Si no se expresó, debe devolverse la cosa al comodante en su casa, á no ser que por disposicion del comodante se hallase la cosa por lo regular en otro lugar, en una de sus casas de campo, por ejemplo, de donde la hubiese sacado el comodante para prestarla; en cuyo caso debe verificarse la restitucion en el lugar en que por lo regular se halla la cosa.

37. Si despues del comodato hubiese el comodante trasladado su domicilio muy léjos, el comodatario cumplirá con devolverle la cosa en aquel lugar en que se hallaba domiciliado al tiempo del comodato; pues se entiende que allí se obligò á devolvérsela. El cambio de domicilio del comodante es un hecho en que él no tiene parte alguna, y que no debe por consiguiente obligarle á mas de aquello á que entendió obligarse.

Ejemplo: Si hubiese prestado mi caballo á un amigo en Barcelona para hacer un viage á la corte, y despues se me hubiese conferido un destino que me obligase á trasladarme á Cadiz; despues de su vuelta solo estará obligado mi amigo á entregarme el caballo en Barcelona, salvo que deberá avisarme su vuelta, y aguardar mis órdenes, ó bien para mandármelo á Cadiz á mis costas, ó bien para venderlo en Barcelona de mi cuenta.

Si el nuevo domicilio del comodante no fuese muy distante del antiguo, allí debe devolverle la cosa el comodatario. Tendria muy poca gracia decir que solo debe devolverla en el lugar en que se hallaba domiciliado el comodante al tiempo del contrato, y que no previó el cambio del domicilio, porque como este no se halla muy léjos debe presumirse que ya que no tuviese una voluntad formal y explícita de restituirle allí la cosa, al menos se hallaria muy dispuesto á verificarlo, á haber previsto ese cambio de domicilio: ademas de que el que ha recibido un beneficio, no debe valerse de cabilosidades para perjudicar á su bienhechor.

38. La cosa prestada debe devolverse en el estado en que se halla. Si se hubiese deteriorado, no es responsable de ello el comodatario, como no pudiese achacarse á culpa suya, ó de las personas de cuyos hechos es responsable.

Empero si el deterioro proviniese de un hecho de otra persona, que el comodatario no pudo ni prever ni evitar, no debe responder de ello, lo mismo que si proviniese de una fuerza mayor. Así lo enseña Juliano en la ley 19, *ff. commod.*

39. Tampoco es responsable el comodatario del menoscabo que sufriese la cosa, como efecto inevitable del uso para el cual se le prestó, porque el comodante al prestársela para tal uso consintió implícitamente en dicho menoscabo.

Ejemplo: Yo presté mi caballo á mi amigo para un viage á lugar muy distante. Si sin culpa alguna por su parte el cansancio del viaje hubiese desmejorado el caballo, mi amigo no será de ello responsable, porque mas bien tengo yo la culpa en no haber conocido hasta donde llegaban las fuerzas de mi caballo, y en haberlo prestado para un viage que las superaba, *l. 23, ff. d. tit.*

§. IV.

De las excepciones que puede oponer aquel á quien se prestó una cosa, para negarse á devolverla.

40. El principal medio de que alguno puede valerse para no restituir la cosa prestada, es el haber dejado de tenerla sin culpa,

alguna por su parte, ora hubiese perecido por algun accidente fortuito, ora se le hubiese robado. En cuanto á la culpa de que es responsable el comodatario, y á los casos fortuitos de que no lo es, véase el artículo siguiente.

Segun los principios establecidos en el *Trat. de las oblig. n.* 656, *in fin.*, el comodatario que se vale de ese medio debe probar el accidente por el que quedó privado de la cosa.

41. El comodatario queda sobre todo libre de la obligacion de devolver la cosa al comodante, cuando puede justificar que la devolvió al que venia á repetirla de parte de aquel, aunque no hubiese llegado á sus manos; porque el comodatario al entregarla á una tal persona se reputa como si la hubiese entregado al mismo comodante; *l.* 180, *ff. de reg. jur.* Asi tambien lo enseña Ulpiano en la *l.* 12, §. 1, *ff. commod.*

Por lo demas el comodatario debe mirar bien si la persona que se presenta á pedir la cosa, tiene orden para recibirla; porque si solo se le hubiese enviado para advertirle que devolviese la cosa, y él se la hubiese entregado, no quedaria libre de su obligacion para con el comodante, si la cosa no llegase á sus manos; *d.* §. 1.

42. El segundo medio que puede oponer el comodatario, no para denegarse enteramente á restituir la cosa, sino para retenerla algun tiempo mas, es el no poder devolverla al momento sin exponerse à graves perjuicios, de lo cual hemos hablado en el *n.* 26.

43. El tercer medio es el que resulta de las expensas hechas para la conservacion de la cosa, por las cuales le compete el derecho de retencion; porque puede retener la cosa hasta que el comodante le satisfaga estos gastos. El comodatario tiene ese derecho de retencion lo mismo que todos los que hicieron expensas para la conservacion de una cosa agena. *Infra*, *cap.* 3, veremos cuales son las expensas cuya repeticion le compete.

44. No es lo mismo por lo que mira á otros créditos que tuviese contra el comodante. Esos créditos no me autorizan para retener la cosa prestada, y deberé devolverla tan luego como se me pida. Así lo deciden Diocleciano y Maximiano, *l. fin. commodat.* Esto se funda en que segun los principios establecidos en el *Trat. de las oblig.*, *n.* 230, en materia de compensaciones, no cabe compensacion contra la deuda de un cuerpo cierto, cual es la de la restitucion de la cosa prestada.

Empero si no pudiendo devolverla el comodatario á causa de haberse perdido por su clupa, convertida entonces la deuda de un cuerpo cierto en otra de daños y perjuicios liquidados en una cantidad de dinero, entonces tendria lugar la compensacion, lo mismo que en las demas deudas de cantidades pecuniarias.

45. Circunstancias hay en que el comodatario no debe restituir la cosa tan luego como se le pide, sino que puede diferirlo.

Ejemplo : Supongamos que un amigo me hubiese prestado sus pistolas cargadas para emprender un viage, à la vuelta del cual acabando él de tener una fuerte disputa, viene á contármela en medio de mil arrebatos de cólera, y al mismo tiempo me pide sus pistolas. Si puedo sospechar por conocer su caracter impetuoso, que quiere hacer de ellas un mal uso, debo esperar á devolvérselas hasta que se haya calmado su espíritu, y cesado su enojo.

46. El comodatario no puede dispensarse de restituir la cosa bajo pretexto de no ser ella del comodante; porque en tanto que nadie se ha presentado á reclamarla, puede el comodante repetirla, aun cuando la hubiese robado; *l.* 16, *ff. commod.*

Mas si alguno la hubiese embargado en poder del comodatario só pretexto de ser suya, ó para asegurar sus créditos contra el comodante; deberá el comodatario avisar á este el embargo, y no devolvérsela hasta haberse este alzado.

Aun cuando la persona á quien se hubiese robado la cosa, no se hubiese presentado à reclamarla ni embargarla, si no obstante el comodatario tuviese de esto noticia, deberia antes de restituir la cosa advertir á dicha persona que la tiene en su poder á fin de que pueda embargarla; porque la obligacion que ha contraido de devolver la cosa al que se la prestó, cede ante la obligacion de restituirla al que es su dueño. Así lo deciden las leyes respeto del depositario, segun veremos despues, y esta decision debe hacerse extensiva al comodatario por una absoluta igualdad de razones.

47. Finalmente el comodatario y sus herederos no pueden oponer prescripcion alguna de tiempo para dispensarse de la restitucion de la cosa, cuando ella se halla en su poder, aun cuando hubiese mas de treinta años que hubiese sido prestada: porque la posesion en que uno se halla se reputa siempre continuada con el mismo título con que se empezó, mientras no aparece lo contra-

rio, segun aquella regla. *Non potest ipse sibi mutare causam possessionis suæ*. El comodatario que empezó detentando la cosa por título de comodato, continua á tenerla siempre con el mismo título, y lo mismo sus herederos; y la detentacion por tal título está perpetuamente sujeta á restitucion.

Empero si la cosa prestada no se encontrase ya en poder del comodatario ni de sus herederos; la accion del comodante estaria sujeta á la prescripcion.

ARTICULO II.

DE LA OBLIGACION DE CONSERVAR LA COSA.

48. Otra de las obligaciones que contrae el comodatario es la de poner en la conservacion de la cosa todo el cuidado posible. No basta que ponga en ello un cuidado ordinario, como el que ponen comunmente en sus cosas los padres de familia, sino que debe poner todo el esmero posible, aquel, á saber, con que cuidan sus negocios las personas mas diligentes, por lo cual es responsable no solo de toda culpa leve sino tambien de la levísima. Asi lo enseña Gayo *l.* 1, §. 4, *ff. de oblig. et act.*, lo cual es una consecuencia del principio establecido en la *l.* 5, §. 2 *ff. commod*, explanado por nosotros en el *Trat. de las oblig. n.* 142; es decir, que en los contratos que se hacen por solo interes de aquel que recibe la cosa objeto del contrato, debe el que la recibe poner en su conservacion no solo un cuidado ordinario sino todo el esmero posible, siendo responsable de toda culpa aun la mas leve; de donde se sigue que verificándose el comodato por solo el interés de aquel á quien se presta la cosa, debe poner en su conservacion exactísima diligencia.

49. Si aquel á quien se prestó la cosa no fuese capaz de tener ese cuidado exactísimo, ¿deberia exigírsele? Por la negativa se dirá que nadie está tenido á lo imposible: *impossibilium nulla obligatio; l.* 85, *ff. de reg. jur.* Esto no obstante debe decidirse lo contrario, y que será responsable de toda pérdida ó menoscabo acaecidos en la cosa prestada por no haber puesto ese cuidado exactísimo. Porque segun observamos en el *Trat. de las oblig. n.* 136, la regla de que nadie está tenido á lo imposible, es solo verdadera en cuanto la cosa fuese absolutamente imposible, mas

no en lo que siendo posible en si mismo solo es imposible respeto de la persona que se obligó temerariamente á ello: esta persona debe culparse á sí misma por haber contraido obligaciones superiores á sus fuerzas. Segun este principio, por inepto que sea aquel á quien se presta una cosa, deberá poner en su conservacion ese cuidado exactísimo, porque culpa suya es el haberse hecho comodatario sin poder cumplir con las obligaciones de tal, y ademas el comodante podria no conocer su caracter.

Sin embargo para algo debe entrar la consideracion de las calidades de la persona para regular la extension del cuidado que debe poner en la conservacion de la cosa. Por esto decide muy bien Dumoulin que nunca deberà exigirse el mismo cuidado á un estudiante á quien se hubiese prestado un caballo, que á un albeitar ó picador; porque como el comodante no podia dejar de ver que el estudiante no entendia en caballos tanto como los que por su oficio se dedican á cuidarlos, no podrá reputarse que haya de exigirle otro cuidado que aquel de que son capaces las personas que no tratan con caballos.

50. Dos excepciones sufre el principio por el cual hemos sentado que el comodatario está obligado á poner exactísimo cuidado en la cosa. La primera es cuando hay pacto expreso en contrario, porque si se hubiese convenido que el comodatario solo estaria obligado á poner un cuidado ordinario, no podria exigírsele mas; y aun si se hubiese convenido que á nada estaria obligado para la conservacion de la cosa prestada, solo podria exigírsele la buena fe. Es doctrina de Ulpiano en *d. l.* 5, §. 10.

51. La segunda excepcion tiene lugar cuando contra lo que es regular, el uso para el cual se prestó la cosa no mira solo al comodatario; porque si en este uso tuviese igual interes el comodante que el comodatario, este solo deberá poner un cuidado ordinario, y no será responsable de la culpa levísima sino solo de la leve, como en los demas contratos en cuya celebracion tienen las partes recíproca utilidad. Así lo enseña Gayo en la *l.* 18, *ff. commod.*, y se halla conforme con el principio sentado por nosotros *en el Trat. de las oblig. n.* 142, segun el cual debe tambien decidirse que si el comodato se hubiese verificado para un uso en que tenía interes el comodante mas bien que el comodatario, ni aun deberia exigirse á este el cuidado ordinario, segun lo enseña Ulpiano en *d. l.* 5, §. 10.

52. Algunos ponen otra tercera excepcion en el caso en que uno hubiese prestado la cosa sin pedírsele, en cuyo caso, dicen, no deberia hacerse al comodatario responsable mas que de la culpa lata, ó dolo; empero yo no soy de ese díctámen. El favor que me hace el comodante prestándome una cosa que sabe me es necesaria, es todavia mayor cuando no espera para ello que se la pida; y no es razonable que lo que aumenta los quilates del beneficio, disminuya las obligaciones del que lo recibe. El argumento que quiere sacarse de las últimas palabras de la ley que llevamos citada, en que se dice que el que hubiese prestado *ultró* alguna cosa á un magistrado para que un espectáculo público fuese mas brillante, no es justo, puesto que allí parece que el comodante prestó la cosa para su satisfaccion, para disfrutar de un hermoso espectáculo á que espera asistir, mas bien que en obsequio del mismo magistrado, que hubiera podido pasarse muy bien sin las cosas prestadas.

53. Fuera de dichos casos de excepcion siempre debe el comodatario poner en la conservacion y guarda de la cosa el mayor esmero. Por esto como el simple robo de una cosa apenas puede verificarse sin algun descuido ó falta de precaucion por parte de aquel á quien se ha robado, si la cosa prestada hubiese sido robada al comodatario, será este responsable de ello; *l.* 21. §. 1, *ff. eod.* Poco importa quien sea el que la robó, pues la responsabilidad del comodatario tendria lugar aun cuando los ladrones fuesen los mismos hijos ó criados del comodante; *d.* §. 1.

Puede sin embargo acontecer que el robo se haya verificado sin culpa alguna por parte del comodatario; y en este caso queda este libre de toda responsabilidad. Juliano en la *l.* 20, *eod.* nos da de esto un ejemplo: *Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad perferendam, ut non debuerit quis æstimare futurum ut à quibusdam malis hominibus deciperetur; tamen non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent.* En esta especie no hay culpa alguna por parte del comodatario, quien debiendo enviar al comodante su vajilla de plata, lo mejor que podia hacer, era valerse para ello de un criado de confianza y de probada fidelidad: ni podia prever que ese criado habia de encontrar en el camino algunos fulleros que le quitasen la vajilla. Con mayoria de razon no tendria lugar la responsabilidad del comodatario, cuando se le hubiese quitado la cosa con violencia, con fractura de puertas de la casa, ó del cofre en que la tenia guardada: este es un caso de fuerza mayor.

54. El comodatario debe poner todo el cuidado posible no solo en la conservacion y guarda de la cosa misma prestada, sino tambien en la de aquellas que van con ella, y recibió al mismo tiempo, como si se le hubiese prestado una yegua con su cria; *l.* 5, §. 9, *eod.*

ARTICULO III.

SI AQUEL Á QUIEN SE PRESTÓ LA COSA DEBE INDEMNIZAR AL COMODANTE POR LA PÉRDIDA Ó DETERIORACION DE LA MISMA, ACAECIDA POR CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR.

55. Cuando la cosa prestada perece ó sufre algun menoscabo por algun accidente que el comodatario no pudo prever ni evitar, y que habria causado así mismo la pérdida ó deterioro de la cosa, aun cuando no hubiese sido prestada, y hubiese continuado en poder del comodante; como si el caballo prestado hubiese muerto de enfermedad sin dar lugar siquiera á que se le medicinase; nadie duda que el comodatario no es responsoble de semejante pérdida, ya que no fué el comodato lo que dió lugar á ella.

Solo es esto cuestionable, cuando fué el comodato lo que dió lugar al accidente al cual no hubiese estado expuesta la cosa á no haber sido prestada. Pregúntase si en tal caso debe el comodatario indemnizar al comodante por esta pérdida en que no tuvo la menor culpa: pongamos un

Ejemplo: Si Diego me hubiese prestado su caballo para hacer un viage, y en lo espeso de un bosque me hubiese visto acometido de ladrones que hubiesen muerto el caballo, ó se le hubiesen llevado consigo, ¿deberia pagar á Diego el precio de su caballo, que no habria perecido sin duda á no habérmelo prestado? Los jurisconsultos romanos están por la negativa; *l.* 1, §. 14, *ff. de oblig. et act. et passim.* Fúndase esto en que las cosas perecen para aquellos cuyas son. El servicio que hace el comodante al comodatario, obliga sí, á este à tener todo el cuidado de que es capaz un hombre, en la conservacion y guarda de la cosa prestada, empero no puede obligarle á responder de los casos fortuitos y de fuerza mayor que no estuvo en su mano prever ni evitar; *casus enim fortuiti à nemine præstantur.* Fúndase ademas en que al

consentir el comodante en que la cosa se emplease en el uso para el cual la prestó, se sujetó voluntariamente á los riesgos que ella debia correr con ese uso; y así no puede decir que el comodato le haya acarreado algun injusto perjuicio que la buena fé obligue al comodatario á repararle; *volenti enim non fit injuria*.

Algunos autores, entre otros Puffendorf y su anotador Barbeyrac, han creido deberse desentender de las leyes romanas, y sentando por principio que *iniquum est officium suum cuique esse damnosum*, deducen por consecuencia, que todos les peligros que corre la cosa por razon del comodato, y que no habria corrido sin este, debe sufrirlos mas bien el comodatario que recibe el favor, que el comodante quo lo hace. Añaden que debe presumirse como condicion tácita en todo comodato, que el comodante será indemnizado, si la cosa pereciese por un accidente á que diese lugar el contrato; puesto que no debe creerse que el que hace un favor, quiera exponerse á que le sea perjudicial, debiéndose ademas presumir tambien que el comodatario se sujeta á esta condicion incierta por la ventaja que del contrato saca. Puffendorf pone solo una modificacion, á saber, que si la cosa prestada pereciese en un incendio ú por otro accidente que hubiese arrebatado al comodatario todo cuanto tenia: fuera demasiado duro exigirle entonces el precio de la cosa prestada. Ticio y Wolfio rechazan la opinion de Puffendorf, y se atienen á la decision de las leyes romanas.

Me parece fácil responder á los argumentos de Puffendorf. La regla aquella, *iniquum est suum cuique officium esse damnosum*, obliga en verdad al que recibe el servicio á indemnizar al que se lo hace, todo lo que le hubiese costado el hacerlo, cuando el servicio es causa productiva de la pérdida que sufre el que lo hace; y aun entonces es necesario que este no se haya sujetado voluntariamente á este perjuicio. Segun este principio hemos visto ya que el comodatario debe indemnizar al comodante el perjuicio que hubiese sentido por verse privado de la cosa por alguna necesidad urgente é imprevista, ocurrida mientras el comodatario se servia de dicha cosa; porque el comodato es la verdadera causa de que el comodante se vea privado de servirse de ella, y por lo mismo del perjuicio que esta privacion le ocasiona, por la necesidad en que le ha puesto de valerse de una cosa agena. Mas cuando el servicio prestado ha sido mas bien la ocasion,

que la causa de la pérdida que sufrió el que lo hizo, no debe ser indemnizado por aquel á quien lo prestó.

Como en la especie propuesta el caballo que me prestó Diego para un viage, fué robado ó muerto en un bosque por el cual era preciso pasar, el comodato no fué mas que ocasion de la pérdida: la causa eficiente y verdadera fué la violencia empleada por los ladrones; luego no debe Diego ser indemnizado, y debe sufrir esa pérdida, porque no dejando de pertenecer al comodante la cosa prestada, no deja ella de correr de su cuenta y riesgo.

Si bien es verdad que á no haber prestado el caballo no habria corrido el riesgo de que le fuese robado, empero hubiera podido correr otros, menores tal vez, pero al fin se sugetó voluntariamente á correr dicho riesgo, prestando el caballo para un viage.

En cuanto á lo que dicen que debe suponerse en todo comodato como condicion tácita impuesta por el comodante al comodatario, la indemnizacion de la pérdida de la cosa, á que el comodato diere tal vez lugar, por deberse presumir ser esta la voluntad del comodante; se responde que aun cuando el comodante hubiese tenido, como quiere presumirse, la intencion de prescribir esa condicion al comodatario (lo que sin embargo nadie puede asegurar), no seria esto suficiente para suponer que el comodato se hizo con esta condicion, puesto que seria ademas preciso que el comodatario hubiese tenido voluntad de sugetarse á esta intencion, siendo las obligaciones el resultado del concurso de las voluntades de los dos contraentes. Ahora bien, ¿con que fundamento se asegura que el comodatario tuvo tal voluntad? Muchas personas preferirian no recibir prestada una cosa á sugetarse á las contingencias de tener que sufrir una pérdida en que no tuviesen la menor parte ni culpa; que por cierto fuera comprar caro á ese precio el favor que se les dispensa. Luego ese pacto tácito entre el comodante y el comodatario, es una mera suposicion destituida de todo fundamento. Si el comodante tenia efectivamente intencion de que el comodatario le indemnizase la pérdida de la cosa á que el comodato tal vez diere ocasion, debia haberse explicado con él al tiempo del contrato: sino lo hizo, cúlpese á sí mismo *in cujus potestate fuit legem apertius dicere*.

Creo pues que es necesario atenerse en esta cuestion al princi-

pio establecido por las leyes romanas de que quiso separarse desacertadamente Puffendorf.

56. Es de advertir sin embargo que este principio solo libra al comodatario de los accidentes de fuerza mayor, cuando no pudo salvarse de tales accidentes la cosa prestada, ni por otra parte dió ocasion á ellos por su culpa; *l.* 5, §. 4, *ff. commod.* Aun cuando solo hubiese estado en su mano salvar del incendio de su casa, producido por un rayo, una parte de los efectos que en ella habia, seria responsable para con el comodante de la pérdida de las cosas prestadas que en dicha su casa tenia, si pudiéndolas salvar, puesto que salvó las suyas, prefirió salvar estas: porque habiéndose obligado á poner en la conservacion y guarda de las cosas prestadas el cuidado mas exacto, faltó á su obligacion cuando puso en ellas menos cuidado que en las suyas, puesto que prefirió la salvacion de estas á la de aquellas.

Esta decision debe tener lugar sobre todo, si las cosas prestadas eran mas preciosas que las suyas que salvó; porque el esmero con que debe tratar las cosas prestadas, le obliga cuando menos á tener por ellas el mismo cuidado que por las suyas. Ahora bien si le hubiesen pertenecido no habria dejado de salvarlas con preferencia á las otras que salvó, ya que eran estas menos preciosas; luego no tuvo el cuidado que debia dejándolas perecer por salvar las otras.

¿Qué diremos si por el contrario las cosas propias del comodatario que salvó, eran mas preciosas que las prestadas que dejó perecer, siéndole de todo punto imposible salvar las unas y las otras? ¿seria entonces responsable de la pérdida de los efectos que se le prestaron? Tiene esto mas dificultad, sin embargo puede sostenerse que aun en este caso será responsable. Es verdad que no puede entonces echársele en cara el no haber tenido por las cosas prestadas el mismo cuidado que por las suyas, puesto que aun cuando aquellas le hubiesen pertenecido las habria dejado tambien perecer, prefiriendo salvar las otras que eran de mayor estima.

Tampoco puede decirse que el comodatario haya cometido una infidelidad contra el comodante, salvando en tales circunstancias sus efectos con preferencia á las cosas que se le habian prestado. A esto se responde que la obligacion del comodatario no se limita á portarse con fidelidad respecto de las cosas que se le prestaron, ni tampoco á poner en la conservacion de dichas cosas el mismo cuidado que si hubiesen sido propias, sino que debe poner el mayor cuidado posible. *Tenetur adhibere exactissimam diligentiam.* El comodatario se hace responsable en virtud del comodato de toda pérdida de las cosas prestadas, á excepcion del solo caso en que esa pérdida fuese causada por una fuerza mayor. Ahora bien siendo la fuerza mayor aquella, *cui resisti non potest*, aunque el comodatario solo hubiese podido salvar las cosas prestadas perdiendo las suyas, basta que de cualquier manera que pereciesen hubiese podido salvarlas del incendio, paraque no pueda decirse que la pérdida acaeció por fuerza mayor. Mas si el tumulto y confusion hubiesen sido tales que no hubiesen tenido lugar de escoger de entre los efectos que se hallaban en la casa incendiada, y solo se hubiesen ido á salvar con mucha precipitacion los primeros efectos que se presentaron por casualidad, no seria en tal caso responsable el comodatario de la pérdida de las cosas prestadas, aun cuando ninguna hubiese salvado; porque entonces puede muy bien decirse que todo lo que pereció, no pudo salvarse, no habiendo sido aquellas que se presentaron á mano.

57. El segundo caso en que el comodatario es responsable de la pérdida ó deterioro de la cosa prestada, aunque acaecida por una fuerza mayor, es aquel en que hubiese dado lugar al accidente por su culpa, *l.* 1, §. 4, *ff. de oblig. et act.*

Ejemplo: Si Juan me hubiese prestado su caballo para ir á un pueblo, y en lugar de dirigirme por el camino ordinario que es seguro y concurrido, hubiese tomado un atajo para llegar mas pronto, y me hubiese acometido una cuadrilla de bandoleros, que despues de haberme robado me hubiesen arrebatado ó herido el caballo de Juan, seré responsable de esa pérdida, aunque acaecida por una fuerza mayor; porque la he ocasionado yo por mi culpa dejando el camino regular.

Lo mismo fuera, si sin abandonar el camino ordinario hubiese hecho mi viage en horas peligrosas de la noche.

58. Se reputa principalmente haber ocasionado por mi culpa el accidente, cuando este sobrevino, mientras me servia de la cosa para un uso para el cual no se me habia prestado, porque tengo culpa en servirme de ella para semejante uso.

Ejemplo: Si se me hubiese prestado una cosa para servirme de ella aqui dentro la ciudad, y contra la voluntad del comodante ó

sin él saberlo la hubiese trasladado al campo, seré responsable de todos los accidentes de fuerza mayor, que acaecieren tal vez por el camino: puesto que soy culpable por haberla expuesto á tales accidentes trasladándola al campo sin conocimiento del comodante. Así lo enseña Gayo en la *l.* 18, *ff. commod.*

59. Hay otro tercer caso en que seria de dictámen de que tambien debe el comodatario indemnizar al comodante de la pérdida de la cosa, aunque acaecida por un accidente de fuerza mayor á que le exponia el uso para el cual se le prestó; y es cuando el comodatario tomó prestada la cosa de un amigo para no exponer la suya, ocultándole que tenia una que podia servirle.

Ejemplo: Si hubiese tomado prestado á mi amigo un caballo de batalla para ir al combate, ocultándole que tenia yo uno que podia servirme para dicho objeto, lo mismo que el suyo; en tal caso seré responsable de la pérdida de dicho caballo, si hubiese muerto en la pelea; porque es un dolo por mi parte el haber disimulado á mi amigo que tenia un caballo, de que podia servirme muy bien para el objeto para el cual le pedia el suyo, obligándole de esta manera á prestarme su caballo que tal vez no me habria prestado, á haber sabido que tenia ya uno. Ademas de que, si yo no estuviese obligado á indemnizar á mi amigo, me enriqueceria á costa suya, salvando mi caballo á expensas del suyo: *Hactenus enim sum locupletior*, *quatenus propiæ rei peperci*, lo que no permite la equidad: *Neminem equum est cum alterius jactura locupletari.*

Empero si hubiese de buena fé confesado á mi amigo, que le pedia prestado su caballo para salvar el mio de los peligros del combate, á causa de no tener medios para comprar otro en caso de que me lo matasen: como entonces habria habido por parte de él una entera voluntad de exponer su caballo á los riesgos del combate sin la menor mala fé por parte mia, si fuese muerto, no estaré obligado á indemnizarle: es una generosidad que ha querido usar consigo.

60. El cuarto caso en que es responsable el comodatario de la pérdida de la cosa comodada, que un accidente de fuerza mayor hubiese acarreado, es cuando este accidente solo tiene lugar despues que el comodatario ha incurrido en demora de devolver la cosa, la cual no habria corrido tal riesgo á haber sido devuelta en el tiempo señalado. Este es un efecto de la tardanza y

el comodatario se parece en ello á todos los deudores de cuerpos ciertos, segun los principios establecidos en nuestro *trat. de las oblig. n.* 663 *y* 664.

61. Finalmente debe el comodatario responder de los casos fortuitos que hubiesen causado la pérdida ó menoscabo de la cosa prestada, si el comodato se hubiese expresamente hecho con tal condicion. Así lo enseñan los emperadores Diocleciano y Maximiano en la *l.* 1ª, *cod. commod.* Un pacto de esta naturaleza nada tiene de contrario á la equidad. El comodante que no tiene obligacion alguna de prestar su cosa, puede muy bien no querer exponerla á los riesgos á que con dicha concesion la expone, sin que el comodatario prometa indemnizarle. Por otra parte si este carga con tales riesgos, recibe en cambio el uso de la cosa que se le concede.

62. Hay una cuestion que trae divididos á los autores, sobre si cuando se presta una cosa estimándola en determinada cantidad, debe entenderse que el comodatario se sugetó á los casos fortuitos que pudiesen causar la pérdida ó menoscabo de la cosa. Acurcio en su glosa sobre la *l.* 5, §. 3, *de commod.* está por la afirmativa menos en el caso en que el comodato no se hubiese otorgado por sola utilidad del comodatario. Bartolo en su sumario sobre los párrafos 2 y siguientes de dicha ley defiende tambien la afirmativa indistintamente, y le han seguido Davezan en su tratado *de contractibus*, *Domat lib.* 1, *tit.* 5, §. 2, *n.* 9. y otros. Estos autores piensan que la estimacion no puede entenderse hecha con otro objeto que para el caso en que el comodatario estuviese obligado á devolver á todo evento la cosa prestada ó su precio; y que en el caso en que no pudiese volver la cosa por haber perecido, ó perdídose por algun caso fortuito, deberia devolver la cantidad en que al efecto se estimó. Estos autores se fundan principalmente en la ley 5, §. 3, *ff. Commod.*, donde Ulpiano despues de haber sentado en el párrafo 2, que en el comodato hecho por el solo interes del comodatario es responsable de *levisima culpa*, añade: *Et si forte res æstimata data sit*, *tunc periculum præstandum ab eo qui æstimationem se præstaturum recepit.*

Estos autores convienen en que la palabra *periculum* es en sí ambigua, y que si se toma á veces por el peligro *ex casibus fortuitis proveniens*, tambien otras la toman las leyes por el peligro

ex culpa dumtaxat proveniens: Mas sostienen que en dicho texto las palabras *omne periculum* pueden únicamente entenderse del peligro de los casos fortuitos; porque al tratar Ulpiano despues del párrafo 2, de la extension de la obligacion del comodatario, no refiere en el párrafo 3°. el caso de un comodato hecho previa estimacion, sino para hacer observar que esta estimacion añade algo á la extension comun de la obligacion del comodatario. Y si no se entendiese con estas palabras *omne periculum* la responsabilidad de los casos fortuitos, nada añadiria la estimacion á la obligacion del comodatario, quien sin ella y por solo la naturaleza del contrato, es ya responsable de *levissima culpa, adeoque præstat omne periculum, solis fortuitis casibus exceptis*. Asi arguye la glosa sobre dicho párrafo.

Añádese ademas á favor de esa opinion, que generalmente en los contratos cuando se dá una cosa con previa estimacion, el efecto de esta es *ut faciat venditionem, et periculum transferat inaccipientem*.

La opinion contraria tiene por sostenedor á Panormo sobre el capítulo único de las decretales *de empt. vend.*, á Connano, Zoezio, Bruneman y á Guillelmo Pronsteau, antiguo catedrático de la Universidad de Orleans en su escelente tratado ad *l. contractus, ff. de reg jur.* etc. Esta última opinion me parece mas razonable. En efecto no siendo el comodatario responsable por la naturaleza del contrato de los casos fortuitos y accidentes de fuerza mayor que puéden causar la pérdida de la cosa prestada, paraque se pueda con justicia imponerle esta responsabilidad, es necesario que conste que quiso sujetarse á ella. La estimacion de una cosa hecha al tiempo de concederla en comodato, no prueba por sí sola dicho consentimiento, no habiendo dicho las partes, que dicha estimacion se hacia paraque el comodatario estuviese obligado á pagar al comodante el precio siempre que llegase á perecer la cosa prestada, de qualquier manera que esto sucediese. Porque en los contratos no siempre que se da una cosa previa estimacion, se hace esto *venditionis causa, et animo transferendi periculi in accipientem*, sino que á veces se hace *intertrimenti dumtaxat causa* para fijar lo que deberá satisfacer el que recibe la cosa estimada, caso que la cosa hubiese sido deteriorada ó hubiese perecido por su culpa, como en la especie de la ley 2, *cod. de jur. dot.* Tambien debe presumirse que en los contratos que no transfieren por

naturaleza la propiedad, como el arrendamiento y el comodato, no se hace la estimacion *venditionis causa*, sino mas bien con el segundo objeto, *intertrimenti causa*: y aun cuando no se admitiere esta presuncion, no podrá por lo menos negarse que es de todo punto incierto cual de estos dos fines se propusieron los contraentes al hacer la estimacion de la cosa prestada: y basta esta incertidumbre para que la estimacion no pueda probar que las partes convinieron en que el comodatario cargaria con los casos fortuitos, y no constando que así se haya convenido, no puede imponérsele tal responsabilidad. Ese raciocinio me parece suficiente para destruir la primera opinion, cualquiera que sea el sentido que tenga, ó pueda darse al precitado párrafo 3 de la ley 5 en que ella se funda; mayormente entre nosotros, ya que las leyes romanas no tienen fuerza de ley en las provincias en que rige el derecho consuetudinario, sino en cuanto se hallan conformes con el derecho natural. Ni se crea que con esto convenimos en que el párrafo de Ulpiano es favorable á los de la contraria opinion. Muchas son las interpretaciones que pueden dársele en sentido contrario. La primera es que en dicho párrofo no se trata del comodato sino de otro contrato innominado, de que trata el título de los digestos, *de æstimatoria*. La segunda es la de aquellos que concediendo que en el párrafo se trata del comodato, y que las palabras *omne periculum* se entienden del de casos fortuitos, pretenden que su decision no es general y extensiva á todos los casos en que se prestó una cosa previa estimacion, sino solo á aquel caso en que las partes se hubiesen explicado, ó dado suficientemente á entender que el objeto de la estimacion era que el comodatario cargase con los casos fortuitos. Asi lo entiende Bacovio *ad Treutler. disput.* 24, *Th.* 3.

La tercera interpretacion que me parece la mas plausible, y que es la mas generalmente seguida, es la de aquellos que dicen que en este párrafo debe entenderse que se habla *de periculo ex quovis culpæ genere proveniente*, y no del peligro de casos fortuitos, lo cual parecen confirmar demostrativamente las palabras que siguen: *Quod vero senectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum recepit.* Las palabras, *quod vero*, que enlazan el párrafo 4°. con el 3°., demuestran con toda evidencia que el párrafo 3°. no debe entenderse

de los casos fortuitos. Ulpiano despues de haber dicho en general en el párrafo segundo que el comodatario debe responder de toda culpa, aun la mas ligera, añade, que esto debe particularmente tener lugar cuando se prestó la cosa previa estimacion.

Algunos autores que cita Brunneman dieron á este párrafo otra cuarta interpretacion, á saber, que en el caso de este párrafo el comodatario es responsable de la culpa levisima indistintamente, tanto si el comodato se celebró por el solo interes del comodatario, como si se celebró por interes comun de las dos partes, por mas que no mediando estimacion no sea responsable de dicha culpa, sino cuando el comodato se hizo por su sola utilidad. La estimacion no me parece que deba añadir nada al grado de culpa de que el comodatario es responsable, cuando las partes no se explicaron sobre esto; debiéndose entender en tal caso que la estimacion se verificó para determinar lo que el comodatario deberia satisfacer en caso de hallarse la cosa deteriorada, ó de haber perecido por una falta de aquellas de que es responsable.

63. Solo tiene lugar esta cuestion cuando en el contrato se expresa simplemente la estimacion de la cosa prestada, como si uno dijese que reconocia que el caballo que se le prestaba, era de valor de cien duros. Solo respeto de este caso hemos decidido siguiendo la segunda de las dos opiniones antes referidas, que la estimacion que se expresa en el contrato, no hace que el comodatario sea responsable de la perdida de la cosa comodada, acaecida por algun caso fortuito.

De otra suerte seria, si hubiese dicho, por ejemplo, que yo reconocia que se me prestaba un caballo que prometia devolver dentro cierto tiempo, ó tal cantidad en que habia sido estimado: con tales palabras contraigo una obligacion formal de pagar la cantidad siempre que no devuelva el caballo. Mi obligacion es alternativa, ó de restituir el caballo ó de pagar la cantidad convenida. La pérdida del caballo aunque fuese causada por una fuerza mayor, no me libra de esta obligacion que subsiste en cuanto al pago de la cantidad, segun los principios que sobre las obligaciones alternativas sentamos en el *Trat. de las oblig. n.* 250.

ARTICULO IV.

DE LA ACCION COMMODATI DIRECTA QUE NACE DE LAS OBLIGACIONES DEL COMODATARIO.

64. De las obligaciones que el comodatario contrae á favor del comodante, nace la accion *commodati directa*, que tiene este contra aquel.

Sobre ella veremos, 1º. contra quien procede; 2º. cuales son los objetos de la misma.

§. I.

Contra quien proceda esta accion.

65. El comodante tiene la accion *commodati directa* contra el comodatario y sus herederos.

Si hubiese prestado la cosa á dos ó mas personas, ¿puede entablar esta accion contra cada una de ellas? Ulpiano, *l.* 4, *§. fin.* en la especie del comodato de un coche hecho á dos personas que debian servirse de él para hacer juntos un viage, decide que el comodante puede dirigirse solidariamente contra cada una de ellas; porque si bien cada una de las mismas ocupó solo su lugar en el coche, y solo se sirvió del mismo en parte, no por esto es menos cierto que el comodante entendió prestar á cada una de ellas su coche por entero, y obligarlas por lo mismo solidariamente á cada una á la restitucion.

Africano en la especie de la ley 21, §. 1 *ff. d. tit.* parece decidir por el contrario que cuando el comodato se hizo á muchos, ninguno de los comodatarios está obligado mas que por su parte: *In exercitu contubernalibus vasa utenda communi periculo dedi:::: habiturum me commodati actionem cum contubernalibus pro cujusque parte*, &c.

Otomano, *Illust. quæst.* 19, Cuyacio *ad Afric.* Duareno *ad tit. commód. cap.* 8; Pacio *cent.* 4, *n.* 14, y todos los intérpretes concilian esta ley 21 con la 5, *§. fin.* antes citada, suponiendo en la especie de la primera una cláusula particular, por la cual los comodatarios se hubiesen solo encargado de la cosa prestada en comun, cada cual por su parte, y no solidariamente como en la te-

sis general; y hacen resultar esta cláusula de las palabras de la ley 21. *communi periculo*.

66. Como esta accion es divisible, siendo susceptible de partes por lo menos intelectuales la cosa prestada objeto de la misma; cuando el comodatario deja muchos herederos cada uno de ellos es responsable de esta accion por la parte en que fuere heredero. Esto se halla conforme con los principios que sobre la naturaleza de las acciones divisibles llevamos explicados en el *Tratado de las obligaciones*.

Hay sin embargo casos en que es responsable de esta accion por entero un heredero que no lo sea mas que en parte. El primer caso es aquel en que la cosa que fué prestada al difunto, pereció ó fué deteriorada por hecho particular de uno de los herederos. Este heredero debe cargar entonces con el pago de todos los daños y perjuicios sufridos por el comodante á consecuencia de la pérdida ó deterioracion de la cosa: porque si bien un heredero no debe responder de las obligaciones y hechos del difunto sino por la parte en que fuere heredero, es responsable en un todo de sus hechos propios; *Trat. de las oblig. n.* 30.

El segundo caso es, cuando la cosa prestada se encuentra en poder de uno de los herederos; pues entonces puede el comodante convenirle para la restitucion en su totalidad de la cosa prestada; porque pudiendo verificar la restitucion en su totalidad de la cosa prestada; que tiene en su poder, no puede haber razon paraque se le dispense de ello; *Trat. de las oblig. n.* 304.

67. Siendo esta accion verdaderamente personal, puede únicamente tener lugar contra el comodatario que contrajo la obligacion de donde ella nace, y contra sus herederos. Así es que si el comodatario ó sus herederos hubiesen distraido la cosa y vendídola á un tercero, no podria el comodante dirigirse contra este en virtud de dicha accion. Empero como conserva la propiedad de la cosa prestada, le competeria la accion de reivindicacion contra el que tuviese la cosa.

§. II.

Cuales son los objetos de esta accion.

68. El objeto principal de la accion COMMODATI DIRECTA es la restitucion de la cosa prestada.

Si el comodatario condenado en virtud de esta accion á devolver la cosa prestada, la tiene en su poder, y se niega á entregarla, el juez debe obligarle á ello *manu militari*, permitiendo al comodante que se apodere de ella por medio de los dependientes del tribunal, y se la lleve.

Cuando el comodatario no puede restituir la cosa por haberla perdido ó por haber ella perecido por su culpa; debe ser condenado á pagar el precio respecto de lo que valdria al tiempo de la sentencia, segun la justipreciacion hecha por peritos: *In hac actione:::: rei judicandæ tempus quanti res sit, observatur; l.* 3, *§.* 2, *ff. commod.*

El commodatario que hubiese pagado al comodante el precio de la cosa prestada por haberla perdido, queda subrogado en las acciones que á este competian para reivendicarla contra cualesquiera posesores, y haciéndola dimitir adquiere el dominio de la misma. En este sentido debe entenderse lo que se dice en la ley 5, §. 1: *Si quis hac actione egerit, et oblatam litis æstimationem susceperit, rem offerentis facit.* No debe entenderse en el sentido *ut continuo rem ejus faciat, neque enim potest dominium citra traditionem transferri*, sino en el sentido que antes dijimos.

El comodatario que hubiese pagado al comodante el precio de la cosa prestada que habia perdido, si despues la hubiese recobrado, ¿podrá repetir el precio ofreciendo devolver la cosa? No: El comodatario debe quedarse con ella y disponer de la misma como mejor le parezca. No debe admitírsele el ofrecimiento de devolver la cosa al comodante, quien puede no tener ya necesidad de ella por haberse procurado otra.

69. Los objetos accesorios de la accion *commodati directa* son, 1°. la condena al pago de los daños y perjuicios sufridos por el comodante, al cual debe ser condenado el comodatario siempre que se encuentre deteriorada por su culpa la cosa prestada. Esos daños y perjuicios vienen comprendidos en la obligacion que contrae el comodatario de restituir la cosa prestada; puesto que no es cumplir plenamente con esta obligacion devolverla deteriorada, *nisi quod interest præstetur; l.* 3, *§.* 1, *ff. commod.*

Esto debe entenderse cuando el menoscabo sucedió por culpa del comodatario, porque si no pudiese achacarse á este, no puede ser condenado á que pague los daños y perjuicios, segun lo vimos antes, n°. 55.

70 Tratan los autores la cuestion sobre si el comodante puede pedir en tal caso, que por razon de los daños y perjuicios que se le deben, ser el comodatario condenado á pagarle el precio entero de la cosa, ofreciendo cedérsela, ó bien si puede solo pedir aquella cantidad que se estimará valer menos su cosa. Para decidir esta cuestion es necesario hacer la distincion siguiente; Que si el deterioro fuese tan considerable en términos que el comodante no habia de poderse servir mas de la cosa, como si por culpa de Juan hubiese perdido un ojo el caballo que le presté; podrá el comodante exigir el precio entero de la cosa, cediéndola y dejándola al comodatario: mas si el deterioro fuese de poca consideracion, y no impidiese el uso de la cosa prestada, como si un libro prestado hubiese sido ensuciado con tinta; el comodante podrá en este caso exigir solamente ademas de la cosa la cantidad que por razon del deterioro vale ella menos.

71. Otra cuestion se presenta relativa al objeto principal de su accion *commodati*, en cuanto á los deterioros de la cosa prestada acaecidos por culpa del comodatario. Despues que este la ha devuelto, y el comodante la ha recibido sin hacer protesta alguna, ¿podrá todavia intentar dicha accion por tales deterioros? Acostúmbrase hacer la siguiente distincion: Si el deterioro era visible, demanera que el comodante hubiese debido observarlo al recibir la cosa, no podrá intentar tal accion; mas si fuese posible que no hubiese reparado en él, entonces podrá emplazar al comodatario por razon de este perjuicio, con tal que lo haga dentro pocos dias, porque despues de algun tiempo, deberia presumirse que se dió por satisfecho del estado en que recibió la cosa.

72. 2°. Otro de los objetos accesorios de la accion *commodati* son los daños y perjuicios sufridos por el comodante por razon del retardo en que se le volvió la cosa comodada. Cuando el comodante incurrió en demora de restituir á causa de habérsele emplazado para verificarlo despues de cumplido el plazo del comodato, tiene el comodante derecho á estos daños y perjuicios, y puede exigirlos judicialmente en virtud de la accion *commodati*.

Aun cuando no hubiese espirado el plazo del comodato al presentar el comodante su demanda de restitucion, como esto sea en los casos referidos, *supra* n°. 25 y 26, en los cuales no está obligado á esperar dicho plazo; podrá no obstante reclamar judicialmente los daños y perjuicios que sufre por razon del retardo en la restitucion de la cosa.

Para computar estos daños y perjuicios acostumbra el juez mandar á las partes que nombren personas de su confianza, y á veces las nombra él mismo de oficio.

Por lo que hace á los daños y perjuicios que hubiese sufrido el comodante por verse privado de su cosa antes de haber presentado la demanda judicial de restitucion, no tiene accion para exigirlos. En el fuero interno bastaria la peticion extrajudicial para obligar al comodatario á la indemnizacion.

73. 3°. Otro objeto accesorio de la accion que nos ocupa, es la restitucion de los frutos nacidos mientras la cosa estuvo en poder del comodatario, si ella es fructífera, como si de la yegua prestada hubiese nacido un potro; en cuyo caso puede el comodante exigirlo judicialmente. *In deposito et commodato fructus quoque præstandi sunt*; *l.* 38, §. 10, *ff. de usur.*

De la propia suerte si aquel á quien yo hubiese prestado una cosa para su uso, la alquilase á otro, ese alquiler que el comodatario cobrase, como que es un fruto civil, me pertenece, y puedo exigirlo judicialmente, puesto que no se la presté para que recibiese de ella alquileres.

74. 4°. Finalmente deben considerarse en la clase de objetos de la accion *commodati* cualesquiera otras cosas accesorias de la comodada; como si hubiese prestado una yegua á la cual siguiese su cria; en cuyo caso al mismo tiempo de aquella deberá restituirseme esta.

Si las cosas accesorias hubiesen recibido menoscabo por culpa del comodatario; como debe cuidar de las mismas con el propio esmero que de la principal, claro está que en cuanto á ellas tendrá asimismo lugar la accion de daños y perjuicios.

CAPITULO VIII.

DE LAS OBLIGACIONES DEL COMODANTE.



75. Tambien el comodante por razon del comodato contrae ciertas obligaciones que se llaman *obligationes commodati contrariæ*

Llámanse asi, porque la obligacion de restituir la cosa que contrae el comodatario, es la principal del contrato, siendo las del comodante implícitas, ó incidentales.

De estas obligaciones deriva la accion *commodati contraria* que compete al comodatario para exigir del comodante su cumplimiento.

Vamos á explicar las diferentes especies que hay de estas obligaciones.

PRIMERA ESPECIE.

76. El comodante no contrae en realidad una obligacion formal y positiva de hacer gozar al comodatario de la cosa comodada, como la que contrae el locador para con el conductor respeto de la cosa arrendada, pero cuando menos contrae una obligacion negativa de no poner por su parte ni de los suyos obstáculo ni impedimento alguno al uso que compete al comodatario en la cosa comodada durante el tiempo señalado para el comodato.

Esta obligacion nace del consentimiento dado por el comodante al prestar su cosa para que el comodatario se valga de ella para los usos y por todo el tiempo qúe le señala, y de la buena fe que no le permite retractarse de lo que buenamente prometió.

77. De esta obligacion nace una excepcion contra la demanda de restitucion de la cosa, que presentare el comodante antes de cumplir el tiempo señalado para el comodato, á no ser en el caso de ofrecérsele una necesidad urgente é imprevista de su cosa; porque entonces acaba la obligacion del comodante de permitir al comodatario el uso de esta cosa durante el tiempo señalado, segun dijimos antes, nº. 25.

78. Nace de esta obligacion la accion *commodati contraria*, la cual compete al comodatario contra el comodante ó sus herederos, cuando por las vias de hecho le perturban en el uso de la cosa comodada.

Ejemplo: Ulpiano en la ley 5, §. 8, *ff. commod.* trae el caso siguiente: Estando alguno para prestar dinero á una persona, y no teniendo papel en que hacerle escribir su promesa de devolverlo, facilitéle yo un registro para dicha escritura en defecto de otro papel. Si en seguida borrase yo del registro esta promesa antes de hallarse cumplida, esto es un impedimento que pongo al uso para el que habia prestado mi registro, el cual da lugar á la accion *commodati contraria*.

El comodatario pide por medio de esta accion que se mande al comodante que no le turbe en el uso que le corresponde en la cosa comodada, y que sea condenado al pago de los daños y perjuicios que le hubiese acarreado.

79. Resulta de estos principios que solo tiene lugar la accion *commodati contraria* cuando los impedimentos al libre uso proviniesen de parte del comodante y sus herederos, y no cuando se verifican por parte de un tercero.

Ejemplo: si yo hubiese prestado a Juan por cierto tiempo un almacen que creia de buena fe pertenecerme, y poco despues de haber colocado alli sus mercaderias, y mucho antes de cumplir el término del comodato, se viese Juan expelido de dicho almacen por el verdadero dueño con títulos hábiles, no tendria Juan derecho alguno para dirijirse contra mi, sean cuales fueren los perjuicios que experimente.

En esto se diferencia el comodato de la locacion-conduccion; como que en el caso anterior en virtud de este último contrato hubiera podido Juan entablar contra mí la accion de eviccion.

La razon de esta diferencia se halla en la diversa naturaleza de estos contratos. La locacion-conduccion es un contrato commutativo en que versan intereses de una parte y de otra; y la naturaleza de estos mismos contratos exige, que haya eviccion siendo muy justo que el que recibe ó deba recibir de mi un precio ó un equivalente de lo que me dá ó se obliga á darme, sea responsable para conmigo de lo que me dá ó promete darme. La igualdad que es el alma de estos contratos, lo exige así.

Por el contrario el comodato no es un contrato commutativo, sino enteramente lucrativo respeto del comodatario. Ahora bien es un principio establecido en todos los titulos lucrativos, que respeto de ellos no tenga lugar la eviccion, porque aquel que por tales títulos da alguna cosa sin recibir nada por ella, debe presumirse que la dá tal cual la tiene.

80 Esto tiene lugar si el comodato se hubiese hecho de buena fe. Mas si alguno sabiendo que la cosa que me presta, no le pertenece, y que su dueño se podria presentar de un momento á otro á reclamarla, me hubiese disimulado estas circunstancias, entonces si el dueño me obligase á devolverle su cosa, me competeria

la accion de daños y perjuicios contra el comodatario, como que el tiene la culpa de que los sufra.

Esto debe tener lugar no solo cuando el comodatario se portó asi por malicia ó segunda intencion, sino tambien cuando fuese por culpa grave; como si en el acto de prestar la cosa supiese el comodante la existencia del dicho dueño, y que este iba a hacer valer su derecho.

SEGUNDA ESPECIE.

81. La segunda especie de las obligaciones que el comodante contrae á favor del comodatario, es la de indemnizar á este los gastos extraordinarios que hubiese tenido que hacer para conservar la cosa comodada.

Los gastos ordinarios que son una carga natural del servicio que el comodatario saca de la cosa, vienen á cuenta de este; en cuanto á los extraordinarios es diferente. Como la cosa comodada sigue siendo del comodante y de su cuenta y riesgo, él es quien debe costear estos gastos; y el comodatario que los hubiese hecho podrá recobrarlos del comodante á no ser que fuesen módicos.

Egemplo: Si yo hubiese prestado á Diego mi caballo para hacer un viage; será obligacion de Diego mantenerle y conservarle en buen estado de herraduras, como que estos gastos ordinarios son una carga del goce que tiene de la cosa. Mas si le hubiese sobrevenido una enfermedad de algunos dias durante el viage, los gastos que por esta razon tuvo Diego que hacer pertenecen á la clase de extraordinarios, y podrá exigirme una indemnizacion. Lo mismo seria, si habiéndole robado á Diego mi caballo, hubiese hecho algunos gastos para ir en persecucion de los ladrones y recobrar el caballo: tambien estos gastos son extraordinarios y sugetos á repiticion. Sin embargo si el caballo no hubiese estado enfermo mas que uno ó dos dias, y los remedios aplicados hubiesen costado poco, ó bien si los ladrones lo hubiesen abandonado desde luego sin costar mas que una friolera el recobrarlo; en estos casos no podria Diego reclamarme nada. Asi nos lo enseña el jurisconsulto Gayo en la *l.* 18, §. 2, *ff. commod.* en una especie muy parecida al egemplo que acabamos de referir.

Asi mismo si hubiese prestado á otro un aposento para ocu-

parlo, será de cuenta del comodatario las reparaciones locativas las demas tendré yo que costearlas.

82. El comodatario para recobrar los gastos extraordinarios hechos en la conservacion de la cosa comodada, tiene sobre ella un derecho privilegiado por manera que puede retenerla, *veluti quodam pignoris jure*, hasta que el comodante que pide la restitucion de la cosa, le haya indemnizado, segun vimos *supra n.* 43.

83. Para reclamar estos gastos tiene el comodatario la accion *contraria commodati.*

El comodante no puede desentenderse de esta demanda abandonando la cosa: y ni aun cuando esta hubiese perecido por algun accidente en que ninguna culpa pueda achacarse al comodatario.

Si este hubiese restituido buenamente la cosa sin exigir antes el reembolso de los gastos extraordinarios, no se entiende que haya renunciado á exigirlos, y el comodante no tendrá por esto excepcion alguna.

Tampoco producirá semejante excepcion la sentencia dada contra el comodatario mandándole restituir la cosa sin hacer mencion del reembolso de gastos extraordinarios.

Asi lo dice Gayo, quien sienta que no habiendo podido el comodatario obtener ese reembolso por medio de la retencion que le compete, podrá recurrir á la accion *commodati contraria*; *l.* 18, *ff. commod.*

TERCERA ESPECIE.

84. La tercera especie de las obligaciones del comodante á favor del comodatario es la de darle conocimiento de los defectos de la cosa comodada, que él sepa, siempre que tales defectos puedan acarrear algun perjuicio al comodatario. El comodante que no hubiese cumplido con esta obligacion, será responsable *actione contraria commodati* de todo cuanto hubiese sufrido el comodatario á causa del vicio de la cosa, de que no fué advertido. Un ejemplo de esto tenemos en la ley 18, §. 3, donde se dice: *Qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est.*

Por regla general el comodante debe advertir al comodatario todo cuanto á este le interesa saber respeto de la cosa comodada

y si por dolo ó culpa grave no se lo advierte, será responsable de los daños y perjuicios que por esta razon sufra el comodatario. Vèase un egemplo de esta regla *supra n*, 80.

QUARTA ESPECIE.

85. Cuando el comodatario á causa de haber perdido la cosa comodada por su culpa, hubiese pagado su precio al comodante, este si despues la hubiese recobrado, deberá devolverle ó bien esta cosa misma ó bien el precio que recibió por ella. *l.* 17, §. 5, *ff. commod.*

CAPITULO IV.

DEL PRECARIO Y DE OTROS CONTRATOS PARECIDOS AL COMODATO.



ARTICULO I.

DEL PRECARIO.

86. Hay dos especies de precario: primera aquella por la que se concede precariamente á alguno la posecion de alguna cosa; Segunda aquella en que solo se concede el uso. Solo trataremos de esta segunda especie por la relacion íntima que tiene con el comodato.

87. Esta especie de precario puede definirse asi: Es un convenio en virtud del cual á ruegos de alguno se le concede el uso pues de alguna cosa mientras quiera el que la presta, y con obligacion de devolvérsela asi que se la pida. *l.* 1, *ff. de precar.*

Este convenio tiene mucho de comun con el comodato.

Encierra como este un beneficio, beneficio que tiene mas bien por objeto el uso de la cosa que la cosa misma. *Est genus liberalitatis ; d. l*, §. 1 *; et est simile commodato ; nam et qui commodat, sic commodat rem ut non faciat recipientis, sed ut ei ut ire permittat, d. l*, §. 2.

Este contrato no es sin embargo un verdadero comodato: la diferencia esencial que les distingue, es que en este se presta la

cosa para un cierto uso y un tiempo determinado; y la restitucion no puede pedirse hasta despues de espirado el tiempo convenido ó necesario para que el comodatario haya podido hacer de la cosa el uso para el cual le fué concedida; cuando en el precario el que recibe una cosa precariamente, puede servirse indistintamente de ella, y es su obligacion devolverla inmediatamente al que se la prestó, siempre y cuando se la pida.

88. Segun los principios del derecho romano habia otras diferencias ademas. El comodato era uno de los contratos que se llamaban *nominados*, y por consiguiente producia obligaciones civiles. Por el contrario el precario no era un contrato nominado, y hasta hay doctores que defienden que en rigor no era contrato ni cuasi-contrato. El que habia otorgado precariamente el uso de una cosa, solo podia hacérsela volver por remedios pretorios, como el que se llamaba *interdictum de precario*. Asi lo enseña Paulo en la ley 14, *ff. de precar.*

Ademas de este interdicto, le competia una accion *prœscriptis verbis*; *l.* 2, §. 2, y *l.* 19, §. 2, *ff. d. tit.* Empero esta accion era solamente *util*, es decir que no tenia mas fundamento que la equidad y la jurisdiccion del Pretor.

Por razon de estas diferencias asi como en el comodato el comodatario es responsable de *levissima culpa*, porque contrae una obligacion civil de restituir la cosa y de cuidarla con el esmero posible; en el precario segun el derecho romano el que tiene otorgado precariamente el uso de una cosa, como que no contrae ninguna obligacion civil, y el que se lo otorgó no tenia contra él mas que remedios pretorios cuyo solo objeto es impedir su mala fé, únicamente era responsable de *dolo et de lata culpa quœ dolo comparatur.*

89. Estos principios de derecho romano no son admitidos entre nosotros; porque segun la sencillez de nuestra jurisprudencia, todo convenio en quelas partes ó una de ellas promete á la otra dar ó hacer ó dejar de hacer alguna cosa, es un verdadero contrato; y por consiguiente lo es tambien el precario, y produce obligaciones semejantes á las del comodato, solo que en el precario el que concedió precariamente el uso de una cosa, no está obligado como en el comodato á dejársela por un tiempo determinado, sino que puede reclamarla al dia siguiente y siempre y cuando quiera.

Sin embargo si el que tiene la cosa precariamente á causa del

uso á que la destinó, no pudiese devolverla en el acto sin grave perjuicio, el que se la otorgó tendrá que aguardarse, aunque haciéndose indemnizar los perjuicios que esperimente por razon de la espera.

90. Como el precario se hace únicamente á favor del que lo recibe, debe este responder, segun nuestro derecho, de la culpa levísima de la propia suerte que el comodatario. La diferencia establecida por el derecho romano entre el comodato y el precario, hija únicamente de las sutilezas que nuestra jurisprudencia desecha, no debe tener lugar entre nosotros.

91. Por mas que no se haya determinado el uso de una cosa otorgada por precario, sin embargo el que la recibe no podrá destinarla á otros usos que á los que la son propios.

92. Como el que recibe la cosa se obliga á devolverla tan luego como le sea pedida, no podrá trasladarla á un lugar lejano, puesto que de esta suerte se veria imposibilitado de cumplir con esta obligacion.

Si la cosa hubiese perecido ó se hubiese estraviado por un, accidente inevitable en el lugar á que fué trasladada indebidamente, será responsable de esa pérdida el que la recibió en precario; porque faltó á su obligacion trasladándola allí.

ARTICULO II.

DE ALGUNAS ESPECIES DE CONTRATOS PARECIDOS AL COMODATO.

93. Algunas veces entregamos á otro una cosa para que la vea y examine, y otras para que la justiprecie. Esta persona por el mero hecho de recibirla se obliga al menos tácitamente á devolvernosla despues de haberla examinado.

Tambien á veces entregamos á alguno una cosa para que la pruebe; asi sucede cuando aquel á quien proponemos la compra de una cosa, quiere antes de comprarla cerciorarse de su bondad, probándola.

Tales convenios son una especie de comodato y tienen de comun con este contrato, que aquel que entrega alguna cosa para que otro la vea y examine ó bien la pruebe, conserva no solo el dominio, si lo tiene, si que tambien la posesion; y el que la recibe la de-

tenta en nombre del que se la ha entregado, y se obliga como en el comodato á restituírsela *in individuo*.

94. Sin embargo estos convenios no son un verdadero comodato; porque es de la esencia de este contrato que el comodatario reciba la cosa para un cierto uso, cuando el que la recibe para verla y examinarla, la recibe con un fin diferente. Asi dice la *l.* 1, §. 1, *ff. præscr. verb.*: *Si quis pretii explorandi causa rem tradat, neque depositum neque commodatum erit.*

Asi mismo aquel á quien se entrega una cosa para probarla, la recibe para un fin diferente que el del comodato, porque aun cuando deba servirse de ella, sin embargo semejante uso no es el fin para el cual se le entregó la cosa, sino un medio para llegar á este fin, que es la prueba y cercioramiento de sus vicios ó bondad. Por esto dice la ley 20 de *præscr. verb.* que cuando se entrega una cosa para probarla, tiene lugar la accion *præscriptis verbis.*

95. Estas diferentes especies de comodato producen obligaciones semejantes á las que nacen de este contrato. El que recibe la cosa debe restituirla *in individuo*. Si hubiese percibido algunos frutos, deberá entregarlos á aquel de quien recibió la cosa. Asi lo decide Pomponio en la *l.* 13, §. 1. *ff. commod.*

Si hubiese reportado estos beneficios despues de celebrada la compra, serán suyos, porque luego de concluido el contrato la cosa corre de cuenta y riesgo del comprador.

96. Respeto del cuidado que debe poner en la conservacion de la cosa el que la recibe para verla y examinarla, debe tenerse presente la regla ordinaria sentada antes, *n.* 48, y *sig.* y en el *Tratado de las obligaciones*, *n.* 142.

Segun aquella regla, cuando se entrega una cosa á alguno para que la vea, si esto es por interés del que la entrega, como para saber su valor que le interesa conocer, entonces el que la recibe debe solo poner en la conservacion de la cosa aquel cuidado que la buena fé exige, y solo será responsable *de dolo et de lata culpa*. Por el contrario si la cosa solo se hubiese dado á alguno á instancias suyas y para satisfacer su curiosidad, como el convenio de ella seria *in gratiam solius accipientis*, deberá este cuidar con el mayor esmero, y responderà *de levíssima culpa*. Asi lo enseña Ulpiano en la ley 10, §. 1, *ff. commod.* y Papiniano *l.* 17, §. 2, *ff. præsc. verb.*

Segun la doctrina de Papiniano en esta ley, si la cosa se hubie-

se entregado por interes comun de las partes, entonces el que la recibe presta la culpa leve. Puede citarse como ejemplo de esta especie de convenio de interes comun, el caso en que hubiese entregado la cosa para examinarla á aquel con quien ando en tratos para venderla, porque la cosa se presta entonces para poder arreglar un contrato que será de interes comun.

97. Las mismas distinciones deben hacerse respecto de aquel á quien se ha entregado una cosa para probarla.

TRATADO

DEL

MUTUO

Y DE OTRAS MATERIAS QUE TIENEN RELACION CON EL MISMO.

ARTICULO PRELIMINAR.

Las materias que tienen relacion con el mutuo son: 1°. La usura, porque en este contrato tiene ella lugar; 2°. El cuasi contrato llamado en términos forenses *promutuo*; y 3°. la accion llamada *condictio indebiti*. El mutuo será el objeto de la primera parte de este tratado, la usura lo será de la segunda, y en la tercera trataremos del *promutuo* y de la accion *condictio indebiti*.

PARTE PRIMERA.

DEL MUTUO.

1 El mutuo es un contrato por el cual uno de los contraentes dá y transfiere el dominio de una cantidad de dinero ú otras cosas que se consumen con el uso, á otro contraente que se obliga á devolverle otro tanto.

El que dá la cosa se llama *mutuante*; el que la recibe *mutuatario*.

En el primer capítulo trataremos de la naturaleza de este contrato; en el segundo de la obligacion que contrae el mutuatario y de la accion que de ella nace.

CAPITULO PRIMERO.

DE LA NATURALEZA DEL MUTUO Y DE LAS COSAS QUE PUEDEN SER SU OBJETO.

Para comprender la naturaleza de este contrato es preciso examinar primero lo que constituye su esencia, y despues á que clase corresponde. En seguida investigaremos las cosas que pueden ser objeto del mismo.

ARTICULO I.

DE LO QUE FORMA LA ESENCIA DEL MUTUO.

Es de la esencia de este contrato, 1°. que haya una cantidad de dinero ú otras cosas fungibles, como materia del mismo y prestadas para ser consumidas; 2°. que se haga la entrega al mutuatario; 3°. que se le transfiera el dominio; 4°. que él se obligue á devolver otro tanto; 5°. finalmente que medie el consentimiento de las partes en todas estas cosas.

§. I.

Es preciso que haya una cosa que sea materia de este contrato, y que ella haya sido prestada para ser consumida.

2. Es evidente que no puede haber mutuo sin una cierta cantidad de cosas que puedan ser su objeto, y que preste el mutuante al mutuatario.

En el artículo 2 veremos quales son las cosas sobre que puede recaer este contrato.

Es asimismo esencial al mutuo, que tales cosas sean prestadas paraque sean consumidas; porque si solo se entregasen para hacer de ellas ostentacion, dejaria el contrato de ser mutuo, convirtiéndose en comodato, segun lo manifestamos en el tratado anterior, *n.* 17.

§. II.

De la entrega de la cosa prestada.

3. Es de la esencia del mutuo que el mutuante haga entrega real y efectiva de la cosa prestada.

Claro está que este principio debe sufrir una excepcion, cuando la cosa que quiero prestar à alguno, se halla ya en su poder.

Ejemplo: Si yo hubiese entregado en depósito á Juan una talega de mil duros, y en seguida quisiese prestarle por via de mutuo esta misma cantidad; no pudiendo entregarle física y realmente una cosa que ya tiene, bastaria para entenderse consumado el mutuo y transferido el dominio de aquella cantidad, el convenio que para ello mediase entre nosotros, obligándose Juan á devolverme una cantidad igual; *l.* 9, §. 9, *ff. de reb. cred.* Este convenio encierra una especie de tradicion supuesta que los intérpretes llaman *traditio brevis manus*, por la cual se supone que Juan me ha restituido la talega que tenia en depósito, y que yo se la he devuelto para que la tenga á título de mutuo; y esta tradicion fingida basta para transferir el dominio y para consumar por consiguiente el mutuo sin necesidad de una entrega real. De este y otros casos semejantes dice Justiniano, *Instit. tit. de rer. divis*, §.

46: *Interdum et sine traditione nuda hominis voluntas sufficit ad rem transferendam.*

Nótese que este convenio que acabamos de referir, es muy diferente de aquel en que habiendo entregado una cantidad en depósito, permitiese al depositario servirse de ella cuando tuviese de la misma necesidad. En el primer caso el convenio es un verdadero mutuo, que se entiende perfecto y consumado luego despues del consentimiento: el dominio del dinero queda transferido á Juan, y desde aquel momento corre de su cuenta y riesgo: en la segunda especie por el contrario el convenio no es un mutuo actual, sino que podrà serlo mas adelante, si teniendo el depositario necesidad del dinero se sirviese de él, y este mutuo no se entenderá consumado hasta que la talega hubiese sido retirada del lugar en que estaba guardada. Asi lo enseña Ulpiano en la *l.* 9, §. *fin,* y en la *l.* 10, *ff. de reb. cred.*

§. III.

De la traslacion de dominio.

4. Es de la esencia del mutuo que se traspase al mutuatario el dominio de la cosa prestada: no basta una tradicion real, si esta no transfiere el dominio.

Esta traslacion de dominio forma el caracter esencial y distintivo del mutuo; por ella se diferencia del comodato, y de ella deriva su nombre, porque como dice Paulo: *Appellata mutui datio ab eo quod de meo tuum fiat; et ideo si non fiat, non nascitur obligatio; l.* 2, §. 2, *ff. de reb. cred.*

De ahí se sigue que paraque el mutuo sea válido, es necesario que el comodante sea dueño de la cosa que presta, ó no siéndolo, haga el préstamo con consentimiento del dueño, pues de otra suerte no podria transferir el dominio; *d. l.* §. 4.

No basta que el mutuante sea dueño de la cosa, es preciso ademas para la validez del mutuo que tenga derecho para enagenar. Asi es que no seria válido el préstamo hecho por un menor ú otro que tuviese inhibida la administracion de sus bienes.

5. Por mas que el mutuo no sea válido, mientras no sea transferido el dominio de las cosas prestadas al mutuatario, ya sea porque el mutuante no es el verdadero dueño, ya porque no sea capaz de enagenar, por mas que en tal caso el mutuatario no adquiera el derecho de servirse de ellas y consumirlas, ni contrae la obligacion, esencial á este contrato, de restituir una suma ó cantidad igual, sino que debe devolver las mismas cosas individualmente, como cualquier otro posesor de bienes agenos; sin embargo si ese mutuatario hubiese gastado de buena fé el dinero ú otras cosas que hubiese recibido, esta consumcion suple lo que faltaba para la validez del contrato, y obliga al mutuatario á restituir al mutuante una suma ó cantidad igual á la recibida, como si el contrato hubiese sido perfeto, y el dominio de las cosas prestadas le hubiese sido transferido: *Omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum qui acceperit; l.* 19, §. 1; *Et si fur dedit..... consumptis eis nascitur condictio; l.* 13. La razon de esto es palpable. Si la traslacion del dominio de las cosas prestadas es una necesidad en el mutuo, es para que el mutuatario pueda servirse de ellas, lo cual no puede hacer sin consumirlas, y por otra parte no tiene derecho á ello sin ser su dueño. Pero cuando de hecho aunque sin tener derecho para ello, se hubiese servido de dichas cosas, y las hubiese consumido, desde entonces es de todo punto indiferente que le haya sido trasferido ó no el dominio; como que el mutuo en fuerza de la consumcion de buena fé verificada le ha proporcionado la misma ventaja que si el dominio le hubiese sido transferido, y por consiguiente debe en cuanto á él producir la misma obligacion que si asi se hubiese realizado.

6. En efecto la traslacion de dominio solo le hubiera dado el derecho de servirse de las cosas prestadas consumiéndolas, sin otra obligacion por su parte que la de devolver otro tanto al mutuante. Si habiéndose servido de ellas se encuentra en el mismo estado que si hubiese realmente adquirido el dominio; no podrá enterderse obligado â mas que á devolver otro tanto al mutuante, porque solo á esto puede compelerle el verdadero dueño de tales cosas, quien solo tiene accion contra los que las poseyesen, ó hubiesen dejado de poseerlas por dolo; y por lo mismo no tiene ninguna contra este mutuatario, porque habiéndolas consumido de buena fé, ni las posee ni ha dejado de poseerlas por dolo.

7. De otra suerte seria, si el mutuatario al servirse de las cosas prestadas tenia ya noticia de que no le habia sido traspasado el dominio. En este caso la consumcion no produce el mismo efecto que cuando el dominio ha sido transferido; porque suponiéndole de mala fé, está obligado á presentar las cosas al que era verdadero

dueño, á quien compete la accion *ad exhibendum*, y la de reivindicacion que alcanza á todos aquellos *qui dolo desierunt possidere*. Asi es que entonces la consumcion no hace válido el mutuo, ni confiere al mutuante la accion *ex mutuo* contra el mutuatario, á no ser que el mutuante respondiese á este de todo cuanto pudiese verdadero temer del dueño.

Si la cantidad prestada era del mutuante, quien no tuviese facultad de enagenar; no importaria que la consumcion se hubiese hecho de buena ó de mala fé; pues de todos modos el mutuatario contraeria á su favor la misma obligacion que nace del mutuo.

8. Los principios que acabamos de exponer acerca de la necesidad de la traslacion de dominio para la perfeccion del mutuo, principios apoyados en textos de jurisconsultos romanos, los cuales los habian derivado á su vez de la misma naturaleza de las cosas, fueron atacados por Saumaise, autor muy erudito, gran literato, pero nada jurisconsulto. Este se propuso probar en una disertacion que publicó, que en el mutuo no media enagenacion alguna, y que el mutuante conserva el dominio de la suma ó cantidad prestada, no realmente de los cuerpos ó individuos de que esta se compone, sino de la misma suma ó cantidad considerada *indeterminate et abstrahendo á corporibus*, la cual debe devolvérsele por el mutuatario á quien solo otorgó el uso.

9 Esta opinion fué sólidamente refutada asi que apareció, porque destruye todo el sistema de la ciencia del derecho, confundiendo el *jus in re* con el *jus ad rem*, cuya distincion es uno de sus principales fundamentos.

El *jus in re* del cual es una de las principales especies el dominio, es un derecho que tenemos en una cosa; el *jus ad rem* es un derecho de crédito personal que tenemos contra alguno que se obligó á darnos una cosa, para compelerle á entregarnos esta cosa en la cual todavia no tenemos ningun derecho, ni lo tendremos hasta que ella nos haya sido entregada.

El *jus in re* sigue la cosa donde quiera que ella se halle, y da al que tal derecho tiene, cuando la cosa no está en su poder, una accion para reclamarla, ó bien el derecho que sobre ella tiene, contra cualesquiera que la posean.

El *jus ad rem* que es un derecho de crédito personal, sigue á la persona que contrajo la obligacion de dar la cosa. Solo da accion contra esta persona ó contra sus herederos ó sucesores universales que ocupan su lugar en cuanto á esta obligacion; pero de ninguna manera contra un tercer posesor de la cosa objeto de la obligacion.

Un derecho de crédito personal puede muy bien versar sobre una cosa que se considere *abstrahendo ab omni corpore*, y que no deba determinarse sino por la solucion que de ella se haga, de que cuerpos ciertos haya de componerse.

Por el contrario no puede haber un *jus in re* y sobre todo un derecho de dominio que es otra de sus principales especies, sin un cuerpo cierto y determinado que sea su objeto. Como ese derecho encierra el de perseguir la cosa donde quiera que ella se halle, no puede concebirse sin un cuerpo fijo, cierto, determinado que se sepa cual es, donde se halla, y pueda perseguirse.

Solo confundiendo todas estas ideas pudo Saumaise hacer pasar el derecho que tiene el mutuante de una cantidad de dinero para exigirla al mutuatario, por el derecho de dominio sobre la cantidad prestada. Como ese derecho del mutuante solo puede ejercerse contra la persona del mutuatario que se obligó á la devolucion, y contra sus herederos y sucesores universales que lo son tambien de sus derechos y obligaciones, segun las nociones emitidas, es un derecho de crédito personal y no de dominio, ya que este afecta la cosa, no la persona.

Siendo todo *jus in re* sobre todo el dominio un derecho en un cuerpo cierto, y que sin este no puede por consiguiente concebirse, ha sido destruir todas las ideas y nociones del dominio lo que ha hecho Saumaise suponiendo en el mutuante un dominio *indeterminate abstrahendo à corporibus* de la cantidad prestada.

Aun cuando esta cantidad hubiese perecido por caso fortuito en poder del mutuatario, y este no tuviese con que devolverla, no deja por esto de subsistir el derecho que el mutuante tiene de exigirle una cantidad igual á la prestada. Asi el derecho del mutuante no es el dominio de la cantidad prestada, como que este no puede subsistir sin una cosa que sea su objeto, y en la especie propuesta no existe esa cosa prestada ni nada que pueda reemplazarla.

10. Apoya Sanmaise su opinion en las palabras *locare pecuniam* que usan algunos autores, y de esto infiere que el mutuante conserva el dominio de la cantidad prestada, como el locador lo conserva de la cosa arrendada. Empero usadas aquellas palabras en

un sentido impropio no pueden tener mas fuerza que los textos terminantes de los jurisconsultos, quienes al hablar *ex professo* del mutuo dicen formalmente que en él el dominio de la cosa pasa al mutuatario, y que sin esto no queda el contrato perfeccionado ni produce obligacion, véase entre otras la *l.* 2, §. 2, *ff. de reb. cred.* cuyas palabras transcribimos antes, *n.* 4.

11. El autor de cierta disertacion á favor de la opinion de Saumaise creyó hallar una autoridad favorable en la *l.* 55, *ff. de solut.* donde se dice: *Qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur, quemadmodum non alienantur nummi qui sic dantur ut recipiantur.* Mas el tal autor no entendió ó no quiso entender esta ley, en la cual se habla no del mutuo sino del comodato de algunas monedas, que se hace no para gastarlas sino para ostentarlas y restituirlas luego *in individuo*. Quiere decir la ley que para la validez del pago es necesario que el dominio de la cosa pagada pase al acreedor, y por consiguiente decide que si la entrega se hubiese hecho con un pacto secreto de que el acreedor devolviera al deudor la cantidad que figuró satisfacerle para presentarse en buen estado á los ojos de los demas acreedores, esa entrega no extingue la deuda; porque no ha sido transferido el dominio, como tampoco lo transfiere el que prestó una cantidad de dinero *ad ostentationem*, y con pacto de serle devuelta *in individuo*.

12. Dedúcese otro argumento de lo que por lo regular se dice de que la diferencia existente entre el censo y el mutuo, consiste en que por el primero el capital, precio del censo, se entiende enagenado: luego, dicen, en el mutuo no habrá tal enagenacion; luego no pasa el dominio al mutuatario. A esto respondo, que no es la enagenacion, comun al censo y al mutuo, lo que distingue estos dos contratos, sino el modo de esta enagenacion, que en el primero es sin la obligacion de restituir otro tanto, cuando en el segundo se halla esencialmente esta obligacion. El censatario solo se obliga á pagar las pensiones, y la restitucion que puede hacer del capital no está *in obligatione*, sino *in facultate luitionis*.

§. IV.

De la obligacion de devolver otro tanto.

13. Es de la esencia del mutuo la obligacion que contrae el mutuatario, de devolver otro tanto de lo que recibe. No debe obligarse á devolver las mismas cosas *in individuo*; porque habiéndole sido prestadas para servirse de ellas, y no pudiendo hacerlo sin consumirlas, no es posible que devuelva las mismas, sino que debe obligarse á devolver otro tanto, es decir, una cantidad igual de cosas de la misma especie que las recibidas: *Mutuum damus recepturi non eamdem speciem quam dedimus, alioquin commodatum erit aut depositum, sed idem genus*; *l.* 2, *ff. de reb. cred.*

Es necesario, segun acabamos de ver, que el mutuatario se obligue á devolver una cantidad igual de cosas, las cuales sean de la misma especie que las recibidas: *Nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum*, *d. l.* 2. En tal caso seria una permuta de trigo por vino; y si en vez del trigo recibido se obligase alguno á entregar una cantidad de dinero, seria una venta.

14. Es preciso que lo que el mutuatario se obliga á devolver, sea otro tanto de lo que ha recibido. Si se obligase á devolver mas, como si hubiese recibido cien duros, y se obligase á devolver ciento y seis, ó habiendo recibido treinta arrobas de vino se obligase á devolver al cabo de algun tiempo treinta y dos; el mutuo y la obligacion que de él nace, serian válidos en cuanto á la devolucion del otro tanto, mas por lo que hace al exceso seria el mutuo usurario y nulo. Y no solo no produciria obligacion alguna en cuanto á este exceso, sino que aun cuando lo hubiese pagado el mutuatario, podria repetirlo.

Si el mutuatario se obligase á devolver menos de lo recibido, como si habiéndosele entregado veinte duros, solo se hubiese obligado á restituir quince; solo por estos quince habria mutuo, en cuanto á los cinco restantes seria una donacion.

15. Cuando el mutuo es, no de una cantidad de dinero, sino de otra cosa fungible, como vino, trigo, etc; aunque despues del contrato subiese ó bajase muy considerablemente el precio de los géneros prestados, y la cantidad de vino que al tiempo de darla en mutuo solo valia veinte duros, valiese despues cuarenta al verificarse la devolucion, ó al contrario; sin embargo devolviendo la misma cantidad no paga el mutuatario ni mas ni menos de lo que debe; porque solo el préstamo de dinero tiene por objeto el valor numérico de que es signo la moneda: en las demas cosas fungibles mutuadas solo se atiende á la cantidad de la cosa, y no á su

valor numérico. Cuando presté una cuba de vino que valia veinte duros, no presté los veinte duros, sino la cantidad de vino que hay en la cuba; asi es que en estos mutuos la obligacion de devolver otro tanto no se refiere al valor numérico de lo prestado; y es devolver otro tanto entregar una cosa igual en cantidad y cualidad á la recibida, sin consideracion alguna á su mayor ó menor valor.

§. V.

Del consentimiento.

16. Es por fin de la esencia de este contrato lo mismo que de todos los demas, que medie el consentimiento de las partes contratantes en todo lo que forma la substancia del contrato: asi es que debe haber consentimiento en la cosa prestada, en la traslacion de su dominio y en la obligacion de devolver otro tanto.

Por esto si Juan hubiese recibido de mí una cantidad de dinero creyendo recibirla en mutuo, cuando yo se la daba en depósito, no habrá mutuo, porque falta asimismo el consentimiento sobre el traspaso de dominio, necesario en el mutuo, pero que repugna en el depósito.

Por el contrario si Juan creyó darme en mutuo una cantidad de dinero que yo recibia como comodato; tampoco habrá mutuo, porque falta asimismo el consentimiento en la traslacion de dominio, pues si Juan quiso transferírmelo, yo no quise adquirirlo. Asi lo decide Ulpiano en la *l.* 18, §. 1, *ff. de reb. cred.*

No habiendo mutuo en ninguna de estas hipótesis, ni traspaso de dominio, síguese que la cantidad entregada continua siendo del que la entregó, y corre de su cuenta y riesgo. Asi mientras dicha cantidad permanezca en poder del que la recibió, podré exigírsela por la accion reivindicativa, pero si le hubiese sido robada ó hubiese perecido por caso fortuito, nada me deberá.

En una y otra de la hipótesis sentadas si el que recibió el dinero lo hubiese invertido, esta consumcion *reconciliat mutuum*, y pone las cosas en el mismo estado que si hubiese habido traspaso de dominio, y me confiere la misma accion que tendria por el mutuo, para reclamar la cantidad entregada: *In utroque casu consumptis nummis... condictioni locus erit. d.* §.

La razon está en que el consentimiento sobre el traspaso de dominio que faltaba para la perfeccion del mutuo y de la obligacion que de él nace, no le habria conferido, en caso de haber mediado, al que recibió el dinero, mas que la facultad de servirse de este dinero y gastarlo, y habiéndolo gastado de hecho, este acto ha suplido el consentimiento y rehabilita el contrato, ó mas bien, se verifica otra cosa equivalente que debe producir la misma obligacion que el verdadero contrato.

17. Pasemos ya á otro caso en que hubiese mediado consentimiento de las dos partes en cuanto al traspaso de dominio, pero no en cuanto á la obligacion de devolver otro tanto. Es evidente que esta falta de consentimiento impide que haya mutuo, siendo esencial al mismo dicha obligacion y el consentimiento que la produce.

Ejemplo: Yo entregué á Diego cien duros con intencion de dárselos, al paso que el cree recibidos en mutuo. Por mas que Diego haya querido obligarse á devolverme aquella cantidad, como mi voluntad no ha concurrido con la suya en este particular, no pudo formarse dicha obligacion ni por consiguiente el mutuo. Asi lo enseña Ulpiano, *d. l.* 18.

Derívase de ahí una cuestion, á saber, si en el citado caso pasa el dominio del dinero á Diego, al menos eficazmente. La ley decide que no con estas palabras: *Magisque mummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperis.* La razon es, porque aun cuando hayan concurrido nuestras voluntades para verificar la trasladacion de dominio, lo cual al parecer segun la sutilidad del derecho, podria bastar para que ella se hubiese verificado, sin embargo no pudo ser asi, porque no habiendo estado acordes sobre el título de esta traslacion, habiendo querido yo realizarla por título de donacion y Diego adquirirla por título de mutuo, no ha podido formarse ni mutuo ni donacion por falta de consentimiento. Asi que no habiendo ningun título en virtud del cual pueda Diego decir que ha adquirido el dominio del dinero que yo le entregué, tendré contra él una accion personal para repetirlo, la cual en derecho se llama *condictio sine causa tamquam hanc pecuniam á me sine causa acceperit.*

Esta explicacion sirve para conciliar dicha ley 18, con la 36, *ff. de acq. rer. dom.*, donde se dice: *Si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratiá, tu eam quasi creditam accipias, constat propietatem ad te transire, nec impedimento esse quod circa cau-*

sam dandi et accipiendi discenserimus. Se concilian muy bien estas dos leyes diciendo que la 36, con estas palabras, *constat propietatem ad te transire*, solo considera la sutileza del derecho, segun la cual hay una traslacion de propiedad, pero esta es ineficaz en virtud de la *condictio sine causa* que me compete: cuando por el contrario la ley 18, con las palabras *magis mummos accipientis non fierí*, considera los efectos de esta traslacion. y no considera verdaderamente como tal la que hace ineficaz la *condictio sine causa*. Asi explica Vinnio esta aparente contradiccion, *select. quæst.* II, 35.

Ulpiano observa que el que recibió el dinero y lo gastó antes que aquel que se lo habia entregado *animo donandi*, hubiese cambiado de voluntad, no podrá ser reconvenido con la *condictio sine causa*; y dice: *licet condictione (sine causa) teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti*; *l.* 18. Podia realmente el que entregó el dinero, *re adhuc integra*, cambiar de voluntad y repetir el dinero; pero habiendo permitido que aquel á quien dió el dinero, lo gastase siguiendo en su voluntad de dárselo y de no repetirlo, no consiente la buena fé que despues de todo esto cambie de propósito.

ARTICULO II.

A QUE CLASE DE CONTRATOS DEBE REFERIRSE EL MUTUO.

———

18. El mutuo es un contrato de derecho de gentes, porque no reconoce mas reglas que las del derecho natural, ni en su substancia le ha impuesto el derecho civil formalidad alguna. Lo mismo puede celebrarse entre extrangeros que entre los hijos de un mismo pais.

19. El mutuo, lo mismo que el comodato, pertenece á los contratos de beneficencia; pues un beneficio es el que hace el mutuante al mutuatario concediéndole gratuitamente la facultad de servirse de la cosa prestada sin utilidad alguna por su parte, y por solo el interes del favorecido.

Los jurisconsultos romanos habian llevado tan al extremo la aplicacion de este principio, que decian que el mutuo dejaba de

ser tal, cuando el mutuante no lo hacia de su buen grado, *nullo jure cogente*, sino en cumplimiento de una obligacion anteriormente contraida de realizar el préstamo, como que entonces el mutuo no era un favor, sino la solucion de una deuda.

Asi lo decide Ulpiano en la ley 21, *ff. de reb. cred.*, en el caso de la donacion de una cantidad de dinero hecha con la obligacion por parte del donatario de prestarla al donador. *Creditum*, dice, *non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi*. Pero esta decision solo estaba fundada en la sutilidad del derecho, pues en realidad habia en dicho caso una donacion y un mutuo, segun se afirma al fin de dicha ley.

Asi lo reconocemos nosotros que hemos desterrado de nuestra jurisprudencia todo linage de sutilezas. Y si bien es verdad que el mutuo en aquel caso no encierra ningun beneficio, separándose en esto algun tanto de su naturaleza, debe tenerse entendido que aunque es el beneficio una circunstancia ordinaria del mutuo, no pertenece á su esencia.

En cuanto al mutuo que verifica un heredero por mandato del testador, no puede negarse que encierra un beneficio, no por parte del heredero, sino por parte del testador que lo dispuso.

20. El mutuo pertenece á los contratos *reales*, puesto que no puede realizarse sin la entrega de la cosa, segun resulta de lo que antes dijimos.

Finalmente el mutuo es de la clase de los contratos *unilaterales*, porque solo produce obligacion por parte de uno de los contraentes. El mutuante obliga á su favor al mutuatario, mas él por su parte no contrae obligacion alguna.

ARTICULO III.

DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN CELEBRAR ESTE CONTRATO; Y DE LAS COSAS SOBRE QUE PUEDE VERSAR.

———

§. I.

De las personas que pueden celebrar este contrato.

21. Es evidente que solo pueden celebrar el mutuo, lo mismo

que los otros contratos, las personas capaces de contratar y obligarse, sobre esto véase nuestro *trat de las oblig. part.* **1**, *cap.* **1**, *sec.* **1**, *art.* 4.

Por esto seria nulo el mutuo otorgado á un loco, á uno que tuviese intervenidos sus bienes, á una muger que estuviese bajo la potestad marital, y aceptase el préstamo sin hallarse autorizada, á un menor que lo aceptase sin autorizacion de su tutor. Bien es verdad que si estas personas hubiesen sacado algun provecho de la cantidad prestada, quedarian obligadas á la restitucion en cuanto al valor de tal provecho; pero semejante obligacion no nace en rigor del préstamo que es nulo, sino del precepto de la ley natural que manda que nadie se enriquezca á expensas de otro; *l.* 206, *ff. d. reg. jur.*

Por una disposicion de las leyes romanas no podia prestarse dinero á los hijos de familia por mas que hubiesen celebrado otros contratos: véase respeto de esto el título del digesto *De Senatus-consulto Macedoniano.* (**1**)

El mutuante no solo debe ser capaz de contratar paraque sea válido el contrato, sino que debe serlo ademas de enagenar y por consiguiente ser dueño de la cosa prestada, segun lo vimos antes, *n.* 6. Pero la consumcion verificada por el mutuatario, corrige el vicio que nace de la incapacidad del mutuaute para contratar y enagenar, en la forma explicada, *ibid.*

---

(1) Tampoco por derecho español se puede dar en mutuo á los fijos de familia, como no sea con consentimiento del padre en cuyo poder están. Y es en tanta manera nulo el mutuo en tal caso, como que nadie está obligado á pagar la deuda de èl resultante, ni aun los fiadores, si los tuviese el contrato.

Circunstancias hay sin embargo en que es válido el mutuo hecho á un hijo de familias. 1°. Si al tomar el préstamo dijese que no estaba sujeto á la patria potestad: 2°. Si ejercie-se algun destino público: 3°. Si fuese soldado: 4°. Si estuviese al frente de algun establecimiento fabril ö de comercio, y tratase y contratase con todo el mundo como persona de todo independiente; 5°. Si el dinero prestado se emplease en utilidad del padre: 6°. Si este lo ratificase ó reconociese expresa ò tácitamente, empezándolo á pagar, por ejemplo: 7°. Si el hijo de familias despues que se halla libre de la patria potestad y siendo mayor de edad empezase á pagarlo, ó en otra manera lo reconociese como legítimo: 8°. Si fuese estudiante, ó si por un motivo justo estuviese separado de su familia, pues en este caso su padre tendria que satisfacer lo que se le hubiese prestado al menos hasta aquella cantidad que pudo haber necesitado para su manutencion: 9°. Finalmente si el padre le hubiese nombrado administrador ó factor de algun establecimiente.

Algunas de estas excepciones son sacadas del derecho romano; otras son propirs del derecho español. (*Nota de los editores.*)

§. II.

De las cosas que pueden ser mutuadas.

22. Estas cosas deben ser de aquellas que se consumen con el uso, las cuales son de dos especies. La primera comprende aquellas cuya consumcion por medio del uso es una verdadera destruccion, tales son todas aquellas que sirven para el alimento de los animales, como trigo, cebada, aceite, vino, leña etc. de todas las cuales es evidente que nadie puede servirse sin destruirlas.

23. La segunda especie comprende aquellas cosas que usándolas no se consumen natural sino civilmente, asi sucede con el dinero que se invierte ó gasta, lo cual no produce una consumcion natural, como que gastándolo no destruyo las monedas; sino una consumcion civil que consiste en la enagenacion que hago del dinero, de manera que nada me queda de él, y queda destruido para mi, cuando lo he gastado.

24. Otra especie de consumcion civil es la que acontece, cuando con el uso que se hace de la cosa, se la inutiliza para otros servicios. Asi sucede en el papel, cuyo uso consiste en escribir sobre él; puesto que con este uso no se destruye naturalmente, sino que queda inutilizado; así la consumcion es civil, no natural.

25. Todas estas cosas que se consumen con el uso, son asimismo conocidas bajo el nombre de *res quæ pondere, numero et mensura constant*, es decir, cosas respeto de las cuales mas bien se considera una cierta cantidad en peso, número ó medida, que los individuos de que la cantidad se compone.

Llámanse tambien cosas *fungibles* del latin *fungibiles*, porque *earum natura est, ut aliæ aliarum ejusdem generis rerum vice fungantur.* De suerte que cuando recibo una cantidad de ellas, como cien duros, dos fanegas de trigo candeal, dos cubas de tal vino, etc., y vuelvo otra cantidad igual de dinero, de trigo candeal, de vino de la misma calidad, repútase que vuelvo la misma cosa que recibí, por mas que no devuelva los mismos individuos; *reddo idem, non quiden in specie, sed in genere.*

26. Todas estas cosas fungibles que se consumen con el uso, cualquiera que sea la consumcion que este produzca, pueden ser objeto del mutuo; y es de la esencia de este contrato el versar

precisamente sobre alguna de estas cosas: *Mutui datio consistit in his rebus quæ pondere, numero et mensura constant, quoniam earum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiünt per solutionem quam specie; nam in cœteris rebus, ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest; l. 2, §. 1, ff. de reb. cred.*

CAPITULO II.

DE LA OBLIGACION QUE PRODUCE EL MUTUO, Y DE LA ACCION QUE DE ELLA NACE.



27. Del mutuo nace una obligacion que contrae el mutuatario á favor del mutuante de devolverle una cantidad igual á la prestada; y de esta obligacion nace una accion personal llamada *condictio ex mutuo*, que compete al mutuante contra el mutuatario para exigirle el pago.

Para explicar con extension estos puntos, veremos en el primer artículo, quien contrae la obligacion hija del mutuo, y contra quien puede entablarse la accion que de ella nace: En el segundo, á favor de quien se contrae aquella obligacion, y quien puede intentar esta accion: En el tercero, cual es el objeto asi de la obligacion, como de la accion: En el cuarto, á quien y en que lugar debe devolverse la cantidad prestada: En el quinto, que excepciones pueden oponerse á la accion *ex mutuo*: finalmente veremos en el sexto y ùltimo artículo, si el comodante contrae por su parte alguna obligacion á favor del mutuatario.

ARTICULO I.

QUIEN CONTRAE LA OBLIGACION QUE PRODUCE EL MUTUO, Y CONTRA QUIENES PUEDE INTENTARSE LA ACCION QUE DE ELLA NACE.



28 El mutuo no produce obligacion sino por parte del mutuatario, quien se obliga á devolver al mutuante la misma cantidad recibida.

Repútase mutuatario el que recibió la cantidad objeto del contrato, ya sea que se le haya entregado á él mismo en persona, ya sea que de su orden y por su cuenta se haya entregado á otro; porque lo que por nuestra cuenta y orden se entrega á alguno, se reputa como que lo recibiésemos nosotros mismos; *arg. l. 180, ff. de reg. jur.*

Ejemplo: Si pido á Antonio que pague por mí mil duros á mi acreedor, y él se los paga, ó á mis instancias entrega á mi colono una fanega de trigo; yo quedo obligado á devolverle esas cantidades. Yo soy en realidad el mutuatario de ese dinero, ó de ese trigo, pues la orden de entregarlo *por mi cuenta* me constituye tal. Pero si le hubiese dado la orden de entregar una cantidad á José *no por mi cuenta* sino por cuenta del mismo José que necesitaba y estaba buscando á préstamo aquella cantidad, este será el verdadero mutuatario: yo seré solamente *mandator pecuniæ credendæ*, y en virtud de la orden dada á Antonio contraigo á su favor la obligacion *mandati*, accesoria de la *ex mutuo* que para con él mismo contrae José.

29. La accion que nace de la obligacion contraida por el mutuatario, es personal, y segun la naturaleza de tales obligaciones, tiene únicamente lugar contra el que contrajo la obligacion, es decir, contra el mutuatario y sus herederos ó sucesores universales, y no contra otras personas, por mas que se hubiesen aprovechado de la cantidad prestada.

Ejemplo: Asi si yo hubiese prestado á Juan una cantidad que él solo pedia para facilitarla á Pedro, por mas que realmente se la hubiese prestado, yo solo tendré accion contra Juan, de ninguna manera contra Pedro. Asi lo decide la *l. 15, cod. si cert. pet.*

ARTICULO II.

A FAVOR DE QUIEN CONTRAE EL MUTUATARIO SU OBLIGACION; Y QUIENES PUEDEN INTENTAR LA ACCION QUE DE ELLA NACE.



30 La obligacion que contrae el mutuatario, cede toda á favor del mutuante, y por consiguiente la accion que de ella deriva, solo á este pertenece, y únicamente él y sus herederos podrán intentarla.

El mutuante es aquel en cuyo nombre fué entregada la canti-



dad prestada, tanto si fué él mismo el que la entregó, como si lo verificó otra persona por él.

31. Aun cuando la cantidad que se entregó de orden mia á otra persona á quien queria prestarla, no me perteneciese á mí, sino al que la entregó, si este verificó la entrega en mi nombre, no por esto dejo de ser el mutuante; y aquel que recibió el dinero, quedó obligado para conmigo, y no para con el que se la entregó. Por consiguiente solo yo y mis herederos y sucesores tendremos el derecho de intentar la accion *ex mutuo*; asi lo enseña Ulpiano en las leyes 5 y 9, §. 8, *ff. de reb. cred.*

Nótese que en el caso en que hubiese dado á un tercero que nada me debia, la orden de entregar á Diego una cantidad de dinero que me habia pedido á préstamo, la entrega que verifica el tercero á Diego, encierra dos contratos de mutuo; el uno en virtud del cual yo presto á Diego una cantidad por ministerio de un tercero; y el otro por el cual ese tercero me presta á mí dicha cantidad. porque entregándola en mi nombre y por mi orden, es como si me la hubiese prestado á mí. Esta entrega encierra y representa dos, como que figura haber recibido yo primero el dinero, y entregádolo despues á Diego.

32. No solo se reputa que uno es el mutuante, cuando de su órden se ha entregado una cantidad de dinero á otro, sino tambien cuando esta entrega hubiese sido verificada en su nombre, por mas que sin su orden ni noticia siquiera. La obligacion del mutuatario en el último caso será válida y eficaz á favor de aquel en cuyo nombre se verificó la entrega, con tal sin embargo de que este ratifique despues el contrato. De este caso en que interviene la ratificacion debe entenderse el texto de la *l.* 9, §. 8, *ff. de reb. cred.*, donde dice Ulpiano: *Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos, absente te et ignorante, Aristo scribit acquiri tibi condictionem.* La razon está en que las ratificaciones tienen un efecto retroactivo, y equivalen á un mandato; *Ratihabitio mandato comparatur*: *l.* 12. §. 4. *ff. de solut.* Asi es que cuando aquel en cuyo nombre se verificó el préstamo lo ratifica despues, es lo mismo que si desde el principio se hubiese verificado por su mandato, y por consiguiente se reputa que él realizó el mutuo por ministerio de otro.

33. Si el ausente en cuyo nombre yo hubiese prestado el dinero, rehusase ratificarlo, la entrega del dinero no formaria un contrato de mutuo, porque no hay tal contrato entre el que recibió

ese dinero y el ausente que se niega á prestar su consentimiento á un contrato que no puede subsistir sin él: ni tampoco lo hay entre el que entregó el dinero á nombre de otro y el que lo recibió; ya que aquel no tuvo la voluntad de realizar un préstamo, sino la de interponer su ministerio para la realizacion de un préstamo que creia que el ausente habia de aprobar.

Exige no obstante la equidad que el que entregó el dinero pueda hacérselo devolver por el que lo recibió, ya que no puede reclamarlo del ausente que se niega á ratificar el préstamo. Para ello habian discurrido los jurisconsultos romanos dos medios. Era el primero que el ausente que no queria tomar de su cuenta el mutuo hecho en su nombre lo ratificase de cuenta y riesgo del que entregó el dinero, al solo efecto de ceder á este sin eviccion alguna la accion *ex mutuo*, á fin de poderla entablar de su cuenta y riesgo contra el que recibió el dinero.

Como podia suceder que el ausente no quisiese prestarse á tales medios, aunque nada habia de costarle este favor, se habia imaginado otro medio, y era el de dar *recta via* al que entregó el dinero una accion contra el que lo recibió para compelerle á la restitucion. Esta accion no es la *civilis et directa condictio ex mutuo*, como si el que entregó el dinero hubiese realizado un mutuo. Asi lo enseña la *l.* 4. *cod. si cert. pet.*

En nuestra jurisprudencia en que son desconocidas las sutilezas, no cabe duda que cuando aquel en cuyo nombre se entregó el dinero, se niega á ratificar lo hecho en su nombre, el préstamo se entenderá verificado por el que entregó el dinero. Asi es que mientras espera la ratificacion, queda en suspenso la obligacion del mutuatario, la cual será á favor de aquel en cuyo nombre se prestó el dinero, si ratifica el contrato; y á favor del que la entregó, sino media la ratificacion.

34. Vamos á tratar ahora del caso en que uno que tuviese en su poder dinero ó cosas fungibles de mi pertenencia, las hubiese prestado en su nombre y como cosa propia sin mi consentimiento. No será válido el mutuo por falta de traslacion de dominio, segun lo hemos explicado antes; mas si la consumcion verificada de buena fé por el mutuatario hubiese restablecido el mutuo, la obligacion que este mutuatario contrae en fuerza de la consumcion de buena fé, de devolver una cantidad igual á la recibida, cede á favor del que prestó en su nombre, por mas que no fuese suya la co-

sa prestada. El mutuatario ninguna obligacion contrae conmigo cuya era la cosa, porque conmigo no ha tenido trato alguno, y los contratos solo producen obligacion entre los contraentes; asi es que ninguna accion tengo contra el mutuatario para recobrar el dinero que se le prestó y consumió de buena fé, á menos que el mutuante me cediese sus acciones; *l. 2, cod. si cert. pet.*

Los jurisconsultos romanos ponian una excepcion al rigor de este principio á favor de los menores: si el tutor ó curador hubiesen prestado en nombre propio dinero de estos, les concedian una accion util contra el mutuatario para obligarle á la restitucion de una cantidad igual. El mismo privilegio habian concedido á los militares; *l. 26, ff. de reb. cred.*

Por nuestro derecho si alguno presta en su nombre dinero que me pertenece, no tendré en verdad accion directa contra el mutuatario para la restitucion del dinero, pero podré embargárselo en su poder, y justificando que este dinero me pertenece, se le obligará á que me lo devuelva. Estos procedimientos hacen innecesaria la accion util que el derecho romano concedia á los menores y á los militares.

ARITCULO III.

CUAL ES EL OBJETO DE LA OBLIGACION DEL MUTUATARIO, Y DE LA ACCION QUE DE ELLA NACE.



PRIMER CASO.

35. Cuando es dinero lo que se ha prestado, la obligacion del mutuatario tiene por objeto una cantidad de dinero igual á la recibida, y cuyo pago puede exigir el mutuante en virtud de la accion *ex mutuo*.

36. Disputan los intérpretes, si el dinero prestado debe devolverse segun el valor que tiene al tiempo de verificar el pago ó segun el que tenia al tiempo de verificar el contrato. Entre nosotros el uso constante ha decidido que debe devolverse segun el valor que tenga al tiempo del pago. Fúndase nuestro uso en el principio de que en el dinero no se consideran los cuerpos ó piezas de moneda, sino el valor que el gobierno le da. *In pecunia non corpora quis cogitat sed quantitem*; *l. 94, §. 1, ff. de solut.* Las piezas

de moneda son solo el signo público de este valor. *Ea materia forma publice percussa usum dominiumque non tam ex substantia prœbet, quam ex quantitate, l. 1, ff. de contr. empt.*

De este principio se desprende que el objeto del préstamo como de los demas contratos no son las piezas de moneda, sino el valor que representan. Asi pues ese valor, mas bien que las piezas mismas, es lo que toma á préstamo el mutuatario, y por consiguiente este valor es lo que se obliga á devolver, y satisfaciéndolo cumple con su obligacion, por mas que el gobierno haya hecho un cambio en los signos que lo representan, por mas que, por ejemplo, la moneda corriente al tiempo del pago sea de mas baja ley y de menor peso, ó haya sobrevenido un aumento en las especies, por manera que baste un menor número de ellas para cumplir el valor recibido.

Preciso es sin embargo convenir en que el mutuante á quien se devuelve la cantidad prestada en especies que han recibido un aumento en su valor, siente un perjuicio por causa del mutuo que realizó; porque sobre que hubiera aprovechado el aumento de la moneda, si no la hubiese prestado y guardádola, siempre es cierto que el valor que recibe, solo *nomine tenus* es igual al que prestó, y que en cuanto al efecto este valor es menor, y en realidad se encuentra menos rico de lo que lo era con lo que prestó. Porque como los géneros y mercaderias aumentan de precio á medida que aumenta el valor de la moneda, con la cantidad ó valor que se le vuelve, no podrá procurarse las mismas cosas que hubiera podido comprar con el dinero que prestó. Tiene por consiguiente menos recursos, es menos rico, recibe solo *nomine tenus* el otro tanto de lo que prestó, como que en realidad se le devuelve menos.

No siempre puede decirse que el riesgo que corre el mutuante de perder el aumento sobrevenido en la moneda, si la hubiese conservado en su poder, se compensa con la ventaja de no exponerse á la pérdida de la rebaja en el valor, si hubiese rebaja en vez de aumento: porque tales puede ser las circunstancias en que se haga el préstamo, que mas bien deba esperarse aumento que rebaja en el valor de las monedas.

Por estas razones hizo Barbeyrac una distincion entre el verdadero mutuo, y el préstamo á interes. En este último opina dicho autor, que le basta al mutuatario devolver la misma cantidad prestada, porque percibiendo del préstamo un lucro, debe el que lo

hizo correr los riesgos de los perjuicios que pueda ocasionarle el aumento de valor de las monedas: pero pretende que debe ser de otra suerte en el verdadero mutuo gratuito: *cum iniquum sit officium suum cuique esse damnosum*. Esta opinion de Barbeyrac en cuanto á los préstamos gratuitos tiene algun viso de equidad, pero no es seguida en la prática.

37. ¿Podria prestarse en vez de una cantidad abstracta de dinero un número fijo de ciertas monedas, como onzas de oro, con la obligacion por parte del mutuatario de restituir un número igual de ellas del mismo peso y ley, tanto si recibiesen aumento, como si recibiesen rebaja en su valor, y que si tales monedas fuesen al tiempo de devolverlas de menor peso ó ley, él supliria lo que faltase, de la propia suerte que se le recompensaria, si las piezas devueltas fuesen de mayor peso ó mejor ley?

Parece que este convenio es válido: no es en tal caso la cantidad lo que forma el objeto del mutuo, sino las piezas mismas, *ipsa corpora*; y por consiguiente debe devolverse un número igual de monedas del mismo peso y calidad. Sin embargo encuentro alguna dificultad en este pacto; porque al distribuir el gobierno las monedas á los particulares como signo del valor de todas las cosas, solo en este concepto pertenecen á los particulares, y solo en este sentido pueden ser objeto de los contratos de comercio, cual es el préstamo. No puede pues prestarse la moneda en sí misma sino solamente como signo del valor que quiso el gobierno hacerle representar, y por consiguiente el mutuante solo puede obligar al mutuatario á restituirle este valor, debiéndose desestimar todo pacto que se opusiese á esto, como contrario al derecho público y al destino que el gobierno dá á la moneda.

A consecuencia de este pricinpio cuando el gobierno ordena una nueva acuñacion de moneda, y que solo las piezas de nuevo cuño tengan curso, los particulares tienen obligacion de llevar las monedas antiguas á las casas de moneda ó á los cambistas públicos, para convertirlas en las de nuevo cuño, porque como estas piezas solo pertenecen á los particulares en calidad de signos del valor que el gobierno quiso que representasen, desde el momento en que quiere este que no sean las antiguas piezas de moneda sino las nuevas las que sean los signos representativos de las cosas, pierden ellos el derecho de retener las primeras que deben devolver al gobierno paraque les dé en su lugar otras nuevas.

Contra lo que acabamos de decidir sobre no poderse válidamente convenir en un mutuo de dinero que las especies en que ha de ser devuelta la cantidad prestada, serán pagadas no segun el valor que tengan al tiempo del pago, sino segun el que tenian al tiempo del préstamo, se opone que este pacto es admitido por lo que hace á las letras de cambio. A esto respondo que el contrato que se hace por medio de una letra de cambio, es muy diferente del contrato de mutuo. Aquel es una permuta por la cual el que recibe la letra cambia las monedas que entrega al tirador, por aquellas que le serán entregadas en el lugar en que la letra deberá satisfacerse. No hay, pues, paridad ni argumento de uno á otro caso.

38. El mutuante puede asimismo pedir los intereses del dinero prestado desde el dia en que su deudor incurrió en demora de devolvérselo. Véase el *Trat. de las oblig. n.* 170, *y sig.*

SEGUNDO CASO.

39. Cuando el objeto del préstamo es una cantidad de cosas fungibles que no son dinero, el objeto de la obligacion del mutuatario es una cantidad igual de cosas del mismo género y calidad, cuyo pago puede exigirle el mutuante por medio de la accion *ex mutuo*.

No basta devolver la misma *cantidad*; es preciso que la cosa devuelta sea de la misma *calidad* que la prestada. Asi si yo hubiese prestado á Juan una cuba de buen vino rancio de Jerez, deberá devolverme igual cantidad de vino rancio de Jerez, de la misma bondad. Asi lo enseña Pomponio *l.* 3, *ff. de reb. cred.*

40. El mutuatario será condenado á devolver la cosa prestada en igual cantidad y bondad, ó en su defecto la estimacion de la misma. Si en el contrato se señala el tiempo y lugar en que debe verificarse el pago, para regular dicha estimacion deberá tenerse en cuenta el precio que la cosa tiene en aquel tiempo y en aquel lugar. Si no hubiese lugar ni tiempo señalados, á tenor del derecho romano deberá hacerse la estimacion, segun el precio que tiene la cosa al tiempo de la demanda, y en el lugar en que esta se presentó. Esta es la decision de Juliano en la ley 22, *eod.*

41. Esta decision tiene lugar cuando el mutuatario no ha incurrido en demora de devolver la cosa, ó cuando luego de presentada la demanda convinieron las partes que para su recíproca co-

modidad el mutuatario pagaria la estimacion en vez de la cosa. Mas si el mutuatario incurrió en demora de devolver la cosa, y esta hubiese sufrido un aumento de precio, deberá ser condenado á pagar la estimacion, segun su precio al tiempo de la sentencia; porque otra de las penas del deudor moroso es que deba indemnizar á su acreedor, abonándole no solo la pérdida que su demora le ha hecho sufrir, sino tambien los beneficios de que por ella se ve privado. *Trat de las oblig. n.* 143. Ahora bien es evidente que la mora del mutuatario priva al mutuante del aumento de precio de la cosa, porque si le hubiese sido entregada al tiempo de la demanda, hubiera podido venderla por el mayor precio que entonces tenia. De esta suerte concilia Cuyacio en su obra sobre las leyes de Juliano la referida ley 22, con la 2, *ff. de cond. trit.*, donde se dice que la estimacion de la cosa debida se hace segun el precio que tiene al tiempo de la sentencia.

ARTICULO IV.

A QUIEN Y DONDE DEBE DEVOLVERSE LA CANTIDAD PRESTADA

42. Cuanto dijimos en el tratado del *Comodato, cap.* 2, *secc.* 2, *art.* 1, *par.* 2, acerca la cuestion de á quien debe devolverse la cosa comodada, puede aplicarse al mutuo. No referimos lo que allí decimos, para evitar repeticiones.

43. Cuando se prestó una cantidad de dinero, si las partes no convinieron acerca del lugar de la devolucion, el deudor deberá satisfacerla en el lugar de su domicilio, segun los principios generales sentados en el *Trat. de las oblig. n.* 549, respeto del pago de las deudas de dinero.

Cuando el mutuante tiene su domicilio en el mismo lugar, el mutuatario debe pagárselo en su casa, esta es una deferencia que le debe.

44. Si hubiese prestado una cantidad de dinero en mi domicilio á alguno que lo tenia distante, puedo lícitamente estipular que se me devuelva la cantidad prestada en mi domicilio, donde la entregué. Si esto cuesta al mutuatario algun sacrificio, no podrá decirse que esta pérdida sea una usura, porque esta es un beneficio que el mutuante saca del mutuo, *lucrum ex mutuo exactum*; y es evidente que ninguna ganancia hago yo con que se me devuelva el dinero en el mismo lugar en que lo presté, y donde lo tendria todavia, si no lo hubiese prestado.

45. No será lo mismo, si las partes pactasen que el mutuatario remitiria la cantidad prestada á un lugar diferente de aquel en que se prestó; como si un banquero que tuviese negocios pendientes en Roma, prestase á otro una cantidad en Paris bajo la obligacion de que el mutuatario la remitiria á sus costas al corresponsal del mutuante en Roma. Este pacto es usurario é ilícito, porque es claro que en virtud de tal pacto ese banquero percibiria una ganancia del préstamo que hace, obligando al mutuatario á sobrellevar los gastos de la remesa del dinero á Roma, donde lo necesita, gastos que él hubiera tenido que hacer á no haber verificado el préstamo con tal condicion. Por lo mismo si despues el mutuatario le ofreciese devolver la cantidad en Paris, y él rehusase recibirla, podria dicho mutuatario hacer declarar válido su ofrecimiento y verificar el correspondiente depósito, sin consideracion alguna al pacto que habria de ser declarado nulo.

46. Si el préstamo no consistiese en dinero sino en otras cosas fungibles como vino, trigo, etc; aunque regularmente las deudas de una cantidad cierta de cosas fungibles, de la propia suerte que las de dinero, pueden pagarse en el lugar del domicilio del deudor; no obstante opino que proviniendo la deuda de un mutuo debe mas bien pagarse en el lugar del contrato que en el del domicilio del deudor. Me fundo en que como el valor de tales cosas es muy diferente en cada lugar, por manera que á veces sube una mitad mas, si el que las recibió en mutuo debiese devolverlas en otro lugar diferente del en que las recibió, aun cuando este lugar fuese el del domicilio, tendria que devolver mas de lo que recibió, siempre que tuviesen alli mayor precio que en el lugar donde se verificó el mutuo; lo cual es contrario á la esencia de este contrato. Esto se verá mas claro con un

Ejemplo: Yo presté en Jerez una cuba de vino de aquel pais á un madrileño que tenia una heredad inmediata á la mia, y que fué á pasar alli una temporada: este vino deberá devolvérmelo en Jerez mismo, no en Madrid donde tiene su domicilio; porque una cuba de vino de Jerez vale en Madrid casi el doble de lo que en Jerez, por razon del costo de los transportes y derechos de puertas. Si mi deudor tuviese que devolverme el vino en Madrid, re-

portaria yo una crecidísima ganancia del préstamo, lo cual haria el contrato altamente usurario.

Lo mismo debe decirse en el caso inverso. Si hallándose un Jerezano por razon de sus negocios en Madrid, tomase prestada una cuba de vino de su pais á un madrileño; por mas que nada hayan dicho las partes acerca del lugar en que deberia devolverse el vino, es de presumir que fué su intencion que se devolviese en Madrid, y no en Jerez donde tiene su domicilio el mutuatario; porque si tal fuese su obligacion, el mutuante solo recibiria la mitad ó poco mas de la mitad del valor de lo que prestó á causa de la diferencia de precios.

Asi pues la igualdad que es el alma del mutuo, exige que el mutuatario devuelva lo que recibió, en el lugar del contrato.

ARTICULO V.

DE LAS EXCEPCIONES QUE PUEDE OPONER EL MUTUATARIO A LA ACCION EX MUTUO.

— —

47. Cuando el contrato contiene un plazo dentro del cual debe el mutuatario devolver la cantidad prestada, claro está que puede oponerse á la accion del mutuante que pidiese la cosa antes de haber vencido el plazo, y que en virtud de la excepcion de plazo no vencido debe ser absuelto de la demanda por ahora, salvando al mutuante que deberá ser condenado en costas, el derecho de entablar su demanda en tiempo oportuno.

48. Aun cuando en el contrato no se hubiese señalado plazo alguno para la restitucion, ó bien el mutuatario se hubiese obligado á devolver la cantidad prestada asi que se la pidiese el mutuante; sin embargo el mutuante no podria exigir la restitucion desde luego, como al dia siguiente ó á los pocos dias; porque al prestar la cosa se reputa que ha acordado tácitamente el tiempo necesario paraque el mutuatario pudiese servirse de ella antes de devolverla, y es seguro que el mutuatario no habria tomado el préstamo, si hubiese podido creer que se le exigiria antes de este tiempo. Si el mutuatario estuviese obligado á semejante restitucion, mejor le hubiera sido no haber recibido el préstamo, puesto que le seria oneroso y perjudicial, en vez de acarrearle ventajas, lo cual es contrario á aquella regla de equidad natural: *adjuvari nos non decipi beneficio oportet*; *l.* 17, §. 3, *ff. commod.* Asi pues no cabe duda que el mutuante debe conceder un término mas ó menos largo, segun las circunstancias, *arbitrio judicis*, para la restitucion de la cosa prestada, y que el mutuatario puede oponer á la demanda del mutuante presentada antes de dicho término una excepcion, en virtud de la cual deberia el juez concederle un plazo para el pago.

49. Si uno que se presenta como acreedor del mutuante, hubiese embargado en poder del mutuatario la cantidad prestada, este despues de haber participado al mutuante el embargo, tiene una excepcion para no devolverle lo que le debe, hasta que el mutuante le presente un auto de levantamiento del embargo.

Nada le importa al mutuatario que el embargo hubiese sido bien ó mal puesto, esto es cuenta del mutuante respeto del que se presenta como acreedor suyo,

50. Por mas que el mutuatario no haya podido servirse de la cantidad prestada á causa de haberle sido robada, por ejemplo, antes de llegar al lugar en que debia emplearla, no por esto queda libre de la obligacion de devolverla; porque dueño de las especies recibidas en virtud de la tradicion, corren ellas de su cuenta y riesgo, como que no es deudor de las mismas *in individuo*, sino de una cantidad igual, y por lo tanto su pérdida no puede extinguir su obligacion. Véase *Trat. de las oblig. n.* 658,

ARTICULO VI.

SI EL MUTUANTE CONTRAE ALGUNA OBLIGACION.

— —

51. El mutuo, segun dijimos, *n.* 20, es un contrato *unilateral* que solo produce obligacion por parte del mutuatario. El mutuante no contrae á favor de este obligacion alguna que nazca de la naturaleza de este contrato; pero la buena fé que en este como en los demas contratos debe reinar, le obliga á no engañar al mutuatario, y á no ocultarle los vicios que sepa tener la cosa prestada, y el mutuatario ignore.

52. Segun estos principios, si hubiese yo prestado como bueno una cantidad de aceite malo á uno que no tenia conocimientos en aceites, y sin manifestarle su mala calidad, no solo no estará obligado el mutuatario á devolverme el aceite bueno, puesto que solo

debe devolvérmelo de la misma calidad que lo recibió, síno que tambien en el caso en que el uso que hubiese hecho del aceite prestado cuyo vicio disimulé, le hubiese acarreado algun perjuicio, estaré obligado á indemnizárselo.

Si le hubiese prestado de buena fé el aceite malo creyéndolo bueno, solo estará obligado el mutuatario á devolvérmelo de la misma calidad, pero no deberé yo indemnizarle los perjuicios que sufra con el uso de dicho aceite; porque solo estoy obligado á usar de buena fé en el contrato.

Si alguno me hubiese prestado una cantidad de cosas fungibles que sabia no ser suyas, y despues de haber hecho alguos preparativos y gastos para valerme de ellas, y antes de emplearlas, me hubiesen sido reclamadas teniendo que devolverlas al verdadero dueño, el mutuante deberá indemnizarme los perjuicios que por esta razon sufra. Esta obligacion no nace del mutuo, porque en rigor no ha habido tal contrato por falta de traslacion de dominio, sino de la mala fé del que me las prestó diciendo ser suyas.

Si me las hubiese prestado de buena fê creyendo realmente que le pertenecian, no tendria obligacion alguna de indemnizarme.

PARTE SEGUNDA.

DE LA USURA QUE SE ESTIPULA EN EL MUTUO.

53. En el mutuo se llama *capital* la cantidad de dinero ó cosas fungibles que el mutuatario recibe, *é interes ó usura*, todo cuanto el mutuante exige del mutuatario ademas del capital: *Usura est quidquid ultra sortem mutuatam exigitur.*

54. Dos son las especies principales de interes ó usuras; unas se llaman *usuræ lucrativæ* y las otras *compensatoriæ*. Las lucrativas son aquellas que dan al mutuante una ganancia exígida al mutuatario, como recompensa del préstamo: *Lucrum supra sortem exactum, tantum propter oficium mutuationis*; ó en menos palabras, *Lucrum ex mutuo exactum.*

Las compensatorias son las que debe el mutuatario al mutuante

como una indemnizacion de las pérdidas que este sufre, ó de las ganancias que deja de hacer; tales son, por ejemplo, los intereses que adeuda el mutuatario de una cantidad de dinero desde el dia en que emplazado judicialmente incurrió en demora de devolverla.

Las usuras de la primera especie, las lucrativas, son las que se llaman propiamente *usuras*. Las compensatorias se llaman mas bien *intereses*.

LOS EDITORES.

El tratado de Pothier sobre la usura es altamente escolástico, y mas bien moral y teológico que jurídico y forense. Trata en primer lugar de la injusticia que ella encierra, y de la prohibicion que de ella contienen la sagrada escritura, la tradicion y las antiguas leyes francesas. Examina en seguida si la usura podrá tener lugar en los préstamos mercantiles y en algunos otros casos, como tambien lo que comprende la prohibicion de exigir nada ademas del capital; y finalmente se ocupa de las usuras compensatorias y del descuento.

Atendido el tiempo en que escribia el jurisconsulto frances, y la escuela á que pertenecia, no es nada extraño que tan decidido se muestre contra las usuras, aun de aquellas que bajo algun concepto se presentan legitimadas, Se esfuerza en desvanecer todos cuantos argumentos puedan hacerse á favor de usuras aun muy módicas, contradice todas las interpretaciones de los lugares bíblicos que pueden referirse á esta materia, en cuanto estas interpretaciones se dirigen á defender la usura módica; y firme y hasta riguroso en sus principios supone prohibidas las usuras hasta en los préstamos de comercio y en algunos otros en que el estado particular del mutuante parecia exigir alguna modificacion en su favor.

Nosotros que creemos que el dinero es una mercancia que como cualquier otra tiene su precio en las plazas mercantiles, y que sobre este precio pueden los particulares contratar como mejor les parezca; nosotros que estamos íntimamente convencidos de que estos intereses

crecidísimos y exorbitantes que algunas veces se pagan por el dinero, son efecto natural de la prohibicion en demasía rigurosa de las leyes, de los peligros que á causa de la misma se corren, y del misterioso sigilo conque debe procederse, y de las simulaciones que tienen que practicarse para eludir las severas penas de la ley; nosotros que hemos visto á los tribunales atemperar el rigor de la legislacion vigente al espìritu y exigencias de este siglo ilustrado; nosotros que somos hijos de este siglo, y seguimos y respetamos sus tendencias, no podemos aprobar las opiniones de Pothier en esta materia, y ya que nuestro carácter de traductores no nos permite hacer en este lugar un nuevo tratado completo sobre la usura, hemos debido por lo menos omitir las páginas que á este objeto cansagra el autor frances, quien no por esta discrepancia merece menos nuestro aprecio y respeto. Sus trabajos son conformes á la opinion que en su tiempo reinaba; pero en el estado actual de cosas no los conceptuamos útiles ni á propósito, tanto mas cuanto que en gran parte se refiere al derecho antiguo frances que en aquel pais ha caducado hace ya muchìsimos años.

Sin embargo entre las materias que forman el objeto de esta segunda parte, hay algunas que merecen ser conocidas, porque pueden ser de mucha utilidad en la práctica. En este caso se hallan la seccion tercera que trata de cuando se entiende que hay usura, la cuarta que analiza las usuras compensatorias, y la quinta que trata del descuento. Muchas son las cuestiones que en el dia se presentan ante los tribunales, en que se acusa de usurario algun contrato; utilìsimo ha de ser por consiguiente el saber si realmente hay usura, y cuando esta se puede defender como compensatoria. Lo mismo decimos acerca del descuento con tanta frecuencia usado en el comercio.

Antes de ocuparnos de tales materias y antes de soltar la pluma bueno será dar una idea de lo que prescriben nuestras leyes españolas acerca de la usura. Esta se halla prohibida con un rigor extremado por nuestros códigos. La primera vez en que uno ha sido convicto de usurero, pierde la cantidad prestada que no tiene que restituirle el mutuatario, y ademas debe ser condenado al pago de una cantidad igual á la prestada, de la que se destina una mitad á favor del fisco, una cuarta parte á favor del acusador y la restante para el reparo de los muros ó edificios públicos: á la segunda vez, pierde la mitad de sus bienes, y á la tercera todos, dándoseles en uno y otro caso el mismo destino que acabamos de ver respeto del otro tanto que por la primera vez se le exige en pena. Guiados nuestros antiguos legisladores por un extremado odio hácia los logreros, prescriben que para la imposicion de tan severas penas baste el testimonio jurado de dos ó tres personas que hayan recibido de alguno dinero á usura, por mas que el dicho de cada uno se refiera à un hecho particular, con tal que en este caso medien algunas otras presunciones.

En la práctica nunca hemos visto aplicadas estas penas: lo que con mas frecuencia hacen los tribunales es que las cantidades por razon de intereses inmódicos percibidas por el mutuante sean descontadas del capital prestado.

Por lo demas los intereses legales que lícitamente pueden exigirse son el tres por ciento, y el código de comercio autoriza el premio del seis en contratos mercantiles y entre comerciantes.

Finalmente aunque nuestras leyes prohiben con tanta severidad la ganancia que viene del mutuo, ó los intereses que por el uso del dinero se exijan, hallamos sin embargo aprobada la usura compensatoria, es decir, la que indemniza al mutuante del daño emergente, ó del lucro cesante por razon del mutuo; porque ni nuestra legislacion ni otra alguna que razonada sea puede permitir que un particular sienta perjuicios por hacer un beneficio á otro. En este principio se funda el seis por ciento que à uso de comercio se exige constantemente.

Volvamos yá á nuestro autor.

SECCION III.

CUANDO HAY USURA.

Para que haya usura es necesario, 1°. Que haya mediado un contrato de mutuo, 2°. Que el mutuante perciba una ganancia del mutuo mismo, y 3°. Que esta ganancia haya sido exijida del mutuatario.

§. I.

Es necesario que haya mutuo.

81. Solo en el mutuo puede haber en rigor lo que se llama usura. Bien es verdad que en cualquier otro contrato puede haber ciertas injusticias, y las hay por regla general siempre que una de las partes exije á la otra alguna cosa mas que el justo equivalente de lo que le dá ó se obliga á darle en virtud del contrato; pero esas injusticias no se llaman usuras á no ser en un *sentido lato é impropio*. La usura propiamente tal que es de la que tratamos, solo tiene lugar en el mutuo, segun se desprende de su misma definicion: *Lucrum ex mutuo ex actum*.

No obstante no es preciso que el contrato sea explícita y formalmente un mutuo; basta que la intencion oculta de las partes haya sido la de celebrar un mutuo usurario, por mas que hayan simulado algun otro contrato. En tal caso estos contratos que solo intervienen para encubrir y disimular el mutuo, son reputados verdaderamente tales mutuos, y considerada como una verdadera usura la ganancia que una de las partes perciba.

Puede servir de ejemplo la *Mohatra* de que hablamos en el *Tratado de la compra y venta, n.* 38, en la cual para disimular el mutuo usurario de una cantidad de dinero que tengo intencion de hacer á favor de alguno, le vendo una cosa por una cierta cantidad que él se obliga á pagarme dentro un cierto plazo, como por seis cientos duros pagaderos dentro seis meses; en seguida le vuelvo á comprar la misma cosa por medio de una interpuesta persona por una cantidad menor, como quinientos cuarenta pesos que le entrego al contado. Este contrato no es mas que un mutuo de quinientos cuarenta pesos, y la ganancia de sesenta que yo hago es una verdadera usura.

Otro ejemplo de contratos simulados para encubrir un mutuo usurario hemos referido en el *Tratado del contrato de sociedad*, n. 22.

89. De ahí se desprende la division de las usuras en *formales* y *paliadas*. Usura formal es la que exige el mutuaute en virtud de un préstamo formal y explícito: como si presto veinte duros obligando al mutuatario á que me devuelva veinte y uno al cabo

de algun tiempo; ó bien le presté doce fanegas de trigo con obligacion de devolverme trece; el duro en el primer caso, y la fanega de trigo en el segundo son una usura formal.

Llámase usura *paliada* el lucro que se saca de aquellos contratos simulados que sirven para encubrir el mutuo usurario; como en el ejemplo antes citado de la *Mohatra*, la ganancia de sesenta duros es una verdadera usura *paliada*.

Estas usuras no son ni menos injustas ni menos prohibidas que las formales: todavia lo son mas, puesto que el usurero añade al delito de usura el de la mentira é hipocresia.

90. Lo que un acreedor exige de su deudor por una próroga del plazo que le concede para la devolucion de una cantidad de dinero, es una usura propiamente tal, porque el nuevo pacto envuelve *per fictionem brevis manus* un mutuo; pues en virtud de esta ficcion se reputa como que el acreedor hubiese recibido de su deudor la cantidad que acreditaba, y se la hubiese vuelto á entregar inmediatamente para que el otro se la devolviese al vencer el plazo prorogado con los intereses convenidos. Siendo la tal próroga una cosa equivalente á un préstamo, los intereses ó cualquier otro lucro que el acreedor perciba por ella es en cierta manera *lucrum ex mutuo exactum*, y por consiguiente es una usura propiamente tal. Seria de otra suerte, si lo que el acreedor exige por la prórogа no fuese un lucro, sino una indemnizacion de los perjuicios que la misma prórога le acarrease.

91. Por el contrario cuando el deudor de una cantidad de dinero que anticipa á su acreedor el pago, verificándolo antes del plazo convenido, retiene alguna cosa por razon de los intereses proporcionados al tiempo que falta para vencer el plazo; por mas que ningun perjuicio le acarree semejante anticipacion; los intereses que por esta razon percibe el deudor, que se llaman descuento, son una verdadera usura parecida á la que exige el mutuante por el mutuo, debiéndose considerar tal el adelanto del pago. Trataremos *ex professo* del descuento en la última seccion de esta parte.

92. En otro tiempo se habia dudado si los censos eran un contrato usurario. Las decisiones de los Sumos Pontífices de acuerdo con las leyes civiles de las naciones han declarado que tales

contratos son lícitos, con tal que se guarden en ellos las reglas prescritas por las leyes (1).

Si alguna de estas reglas hubiese sido abiertamente violada, el censo se reputa un mutuo usurario, y será nulo, y no solo no podrán exigirse las pensiones, sino que las que el censatario hubiese pagado, deberán descontarse del capital, y aun podrá repetir lo que por tales pensiones hubiese pagado á mas del capital.

Esto debe tener lugar sobre todo, si en el censo no hubiese una perfecta enagenacion del capital ó sea precio, á causa de haberse reservado el censualista el derecho de exigirlo del deudor dentro un plazo prefijado; porque en tal caso el censo no seria otra cosa mas que un préstamo usurario.

93. Esta enagenacion del capital ó precio del censo solo debe considerarse por parte del censualista, bastando para la legitimidad del contrato que ni este ni otro por él puedan exigir la redencion del censo. Asi es que aun cuando el censatario pueda ser compelido por un tercero á esta redencion, aun cuando al tiempo de la creacion del censo supiese el censualista que este caso podria verificarse, y hubiese tenido por consiguiente una certidumbre moral de que el censo seria redimido; sin embargo no por esto deja de ser lejítimo y muy válido el contrato, con tal que no sea en ningun caso el censualista mismo el que pudiese exijir la redencion.

Ejemplos: I. En la creacion de un censo ha intervenido como fiador una tercera persona, la cual estipula que el censatario le sacará al cabo de algun tiempo libre de su fianza. Por mas que en

(1.) En el año 1780. se fijaron en España las reglas que deben seguirse para las pensiones ó intereses que en los censos se exijan. En los redimibles ó al quitar en que antes podia exigirse el 5 por ciento, se tasó á razon del 3 por ciento; siendo de notar que la reduccion fué no solo en cuanto á los censos que en adelante se creasen, sino tambien en cuanto á los ya creados, y que se impuso la pena de perdimiento de oficio á los escribanos que autorizasen escrituras en que se estipulasen pensiones mas crecidas. En los vitalicios se tasó á razon del diez por ciento, si se cargan para una sola vida, y á ocho y medio por ciento, si se cargan para dos vidas. Aun cuando para los iredimibles no ha fijado la ley tasa alguna, debiendo de todos modos ser menor la pension que pague el censatario por el gravamen de ser ella irredimible, en el concepto de los autores que tratan de esta materia debe fijarse á razon del dos por ciento. Tampoco hay tasa fija en cuanto á los censos enfiteuticos, pero es la opinion comun que ya que el dueño directo tiene los grandes beneficios que le proporcionan la fadiga, el laudemio y demas derechos enfiteuticarios, el precio de la pension debe computarse doble del de los censos redimibles, y aun mayor que el de los irredimibles. Asi es que se fija la pension á razon de uno y medio por ciento. *N. de los edit.*

esta especie el censualista esté seguro de recobrar el precio del censo, porque el fiador no dejará sin duda de exigir la redencion para verse libre de la obligacion contraida; sin embargo como no es el censualista mismo el que tiene el derecho de exigir la redencion, nadie podrá poner en duda la legitimidad y validez de tal censo. *V. trat. de las oblig. n.* 443.

II. Lo mismo seria si un tutor por un motivo urgente y poderoso hubiese obtenido del juez la autorizacion para crear un censo á fin de acudir con su precio á las necesidades que afectan los bienes del menor. Por mas que en una claúsula de la autorizacion judicial se le prescribiese que tendria obligacion de redimir este censo al cabo de algun tiempo con los frutos y emolumentos de los bienes de su pupilo, y por consiguiente la redencion del censo fuese una cosa cierta; no dejará este de ser válido; porque no será el censualista quien podrá exigir la redencion.

94. Este principio asi explicado sirve para resolver las dudas que se presentan en un caso que me fué consultado, en el cual algunos casuistas creyeron encontrar usura. Tratábase de unos títulos de empréstito de la compañia de Indias. Esta compañia fué autorizada por un edicto para celebrar un empréstito de diez millones, bajo la obligacion de amortizar todos los años una parte de este empréstito con los beneficios que reportase la compañia, hasta verificar el total reembolso al cabo de un tiempo determinado. Este empréstito se hallaba dividido en títulos de mil libras cada uno los cuales estaban numerados por el orden de su emision; y para cumplir con lo prevenido con el edicto, se sacaban á la suerte los números que debian ser amortizados.

Estos títulos parecieron usurarios á algunos casuistas, porque seguro como estaba su posesor del reembolso, parecia que se celebraba por su medio mas bien un mutuo con intereses, que un censo, no verificándose, segun dichos casuistas, una verdadera enagenacion del capital. Pero yo soy de distinto dictámen, y creo que con los tales títulos se crea un verdadero censo. Siento mi opinion en que la compañia no se obligaba á la redencion con los acreedores mismos, sino con el Rey que la autorizó para el empréstito bajo aquella condicion. Asi es que como no son los acreedores los que pueden exijir dicha redencion, sino el Rey, quien podria asimismo prorogar el plazo y aun dispensarlo; claro está segun los principios explicados, que en el referido empréstito hay

una verdadera y absoluta enagenacion del capital, y que contiene la creacion de un cenos.

§. II.

***Paraque haya usura es preciso que lo que el mutuante exige á mas de la cantidad prestada, sea un lucro sacado del mismo mutuo*, lucrum ex mutuo exactum.**

95. De este principio se desprenden dos corolarios.

Es el primero que si lo percibido por el mutuante ademas de la cantidad prestada no fuese mas que una indemnizacion de los perjuicios que el préstamo le acarrea, no seria una usura, si no un interes compensatorio de que trataremos en la seccion siguiente.

Ejemplo : Con esto se resuelve la cuestion de si seria usurario un contrato en que prestase á Juan una cuba de vino en una época en que este artículo estaba á precio muy bajo, con la obligacion de devolvérmelo en otra época en que es moralmente cierto que será mucho mas subido el precio de los vinos. La duda se funda en que exigiendo á Juan una cuba da vino de mas subido precio que el que le presté, parece le exijo mas de lo prestado. La razon de decidir que no hay usura, es que en realidad yo no saco ningun beneficio de que suba el precio del vino; porque si no lo hubiese prestado, guardándolo habria percibido la ganancia que el aumento de precio me hubiera proporcionado ; y asi Juan no hace mas que indemnizarme de la pérdida de la ganancia que de otra suerte hubiera tenido. Luego no hay usura.

96. El segundo corolario que nace del indicado principio es que solo constituye usura aquella ganancia ó beneficio cuya causa principal es el mutuo: si este solo fuese la condicion, y hubiese otra causa principal entonces no habria usura.

Ejemplo: Si uno me hubiese legado una finca bajo la condicion de que prestaria á sus herederos despues de su muerte cierta cantidad para el pago de las deudas hereditarias, el legado que percibiria despues de cumplida la condicion, es un lucro que nada tiene de usurario, porque el mutuo es solo la condicion que dió lugar á la ganancia, la causa principal es el testamento: *Non est lucrum ex mutuo, sed lucrum ex testamento*.

97. De la propia suerte tampoco es usurario el beneficio de que el mutuo solo fué causa ocasional.

Ejemplo : Por mas que el préstamo que hubiese hecho á mi colono para que pudiese cultivar mejor mis tierras, me proporciona un lucro proveniente de la mayor cantidad de frutos que producirán las tierras bien cultivadas; sin embargo este beneficio no es usurario, porque el préstamo solo dió ocasion á él. El cultivo de las tierras no se lo exijo á mi colono en virtud del préstamo ni como recompensa del mismo, sino que es una obligacion suya hija del arrendamiento.

En el *Trat. de las oblig.*, *n*, 618, puede verse otro ejemplo de una ganancia percibida solo por ocasion del mutuo.

§. III.

Paraque haya usura, es preciso que los intereses ú otros beneficios que el mutuante haya percibido, hayan sido exigidos.

98. Asi resulta de la definicion de la usura, *lucrum ex mutuo exactum*.

Ejemplo : Si uno á quien yo habia prestado una cantidad de dinero, despues de habérmela devuelto, quisiese hacerme un regalo en manifestacion de su agradecimiento : aunque haria yo mejor en rehusarlo, puedo sin embargo admitirlo lícitamente; porque no es una usura, no habiéndoselo exigido en virtud del mutuo.

99. Paraque el regalo que el mutuante recibe del mutuatario, se presente como un acto espontaneo y sin sospecha alguna de usura, es presiso que el mutuatario lo haya hecho al tiempo de restituir el dinero, ó despues, porque si lo hubiese hecho antes, se presumiria hecho paraque el mutuante no le apremiase al pago, y por consiguiente sin entera libertad, lo cual basta paraque el tal regalo se conceptue exigido, y por lo mismo usurario.

Sin embargo deben atenderse las circuntancias. Si aquel á quien yo presté el dinero, hubiese acostumbrado ya antes hacerme algunos presentes en dias determinados, como en el dia de mi santo, cumpleaños, etc., y despues del préstamo y antes de la devo-

lucion de la cantidad prestada, me hiciese algun regalo parecido á los que tenia de costumbre hacerme; no será entonces una usura, porque debe reputarse hecho mas bien en fuerza de la costumbre que á causa del mutuo.

Tambien depende en gran parte de la calidad de las personas entre que medió el regalo, y de las cosas regaladas. Asi si un gran propietario hubiese recibido un préstamo, y despues regalase al mutuante algunas piezas de caza de su vedado, ó canastillos de frutas de sus huertas, nadie, creo, opinará que al recibir el mutuante tales regalos que politicamente no puede rehusar, cometa una usura.

100. Por el contrario algunas veces aun cuando el regalo haya sido hecho al tiempo ó despues de la devolucion de la cantidad prestada, no deja por esto de ser usurario, lo cual es evidentemente asi, cuando el regalo fué prometido; porque aunque esta promesa no es obligatoria por parte del mutuatario, ni puedo yo compelerle á darme lo que me prometió, no puede sin embargo decirse que el regalo sea enteramente espontáneo, ya que solo me lo hizo para no faltar á su palabra. Hay, pues, una exigencia, un *lucrum ex mutuo exactum*, y por consiguiente una verdadera usura.

101. Si al tiempo de realizar el préstamo hubiese dicho al mutuatario, que dejaba á su consideracion el hacerme el regalo que quisiese, habria usura, porque se lo he exigido al manifestarle mi ánimo de recibir una recompensa por el mutuo.

102. Aunque no se hubiese estipulado semejante regalo ó recompensa, bastaria paraque haya usura, el haber manifestado al mutuatario que yo esperaba dicha recompensa, porque doy á entender que por solo esta esperanza realizo el mutuo. Asi si un capitalista acostumbrado á recibir regalos de sus mutuatarios hubiese manifestado descontento á uno que no se los habia hecho, esta manifestacion se presenta como una exigencia, y las recompensas que reciba serán una usura.

103. Los teólogos llevan las cosa mas al extremo. Segun ellos basta que el mutuante al prestar su dinero haya abrigado la esperanza de una recompensa, aunque nada haya indicado respeto de ella al mutuatario, paraque esta intencion le haga culpable de usura, y se repute tal la recompensa que reciba.

§. IV.

Diferentes ejemplos de beneficios usurarios.

104. Llámanse beneficios usurarios no solo los intereses que el mutuante exige de la cantidad prestada, y todo cuanto haya exigido ademas del capital, sino tambien cualquier otro beneficio que por el mutuo haya percibido.

Ejemplo: Si yo hubiese prestado á Diego una cuba de vino de Málaga con obligacion de devolverme otra de Jerez, siendo este mas precioso, habrá usura á no ser que le abonase el tanto que vale mas el vino de Jerez que me devuelve.

105. La prohibicion de la usura comprende no solo el beneficio que reporta el mutuante exigiendo al matuatario cualquiera cosa á mas de la prestada, sino tambien el que consiste en exigir que el mutuatario ademas de la devolucion de la cantidad prestada haga alguna cosa en obsequio del mutuante. Mas en cuanto á estos servicios, deben distinguirse los que tienen algun valor que pueda apreciarse en dinero, de los que no lo tienen. En el primer caso debe descontarse dicho valor de la cantidad prestada.

Ejemplo: Si hubiese prestado una cantidad de dinero á un maestro de coches bajo la obligacion de construirme una carretela, ó á un jardinero con obligacion de arreglar y cuidar mis jardines; no cabe duda que deberá descontarse de la cantidad prestada el valor de la carretela, ó el precio de los jornales empleados en el cultivo de mis jardines.

106. Si el servicio estipulado no pudiese apreciarse en dinero, el mutuante no tendrá accion para exigirlo; pero si el mutuatario se lo prestase buenamente, no por él deberia hacerse rebaja alguna en la cantidad prestada, porque no teniendo precio dicho servicio, ni siquiera podria saberse la cantidad que deberia rebajarse. Las circunstancias de la persona del mutuatario deben ser tomadas en cuenta para calificar el servicio.

Ejemplo: Si hubiese prestado dinero á un profesor de música con la obligacion de enseñarme los primeros principios del arte, ademas de devolverme la cantidad prestada, semejante servicio puede apreciarse en una cantidad de dinero, la cual deberá rebajarse del capital prestado. Mas si el mutuatario no fuese músico

de profesion sino aficionado, el servicio que haria enseñándome, no podria apreciarse en una cantidad de dinero, y nada deberia rebajarse de la cantidad prestada.

107. Creo que en este último caso el beneficio que saco del préstamo, no es mas que un resultado indirecto del mismo, y si gano algo, no es á expensas del aficionado á la música á quien nada cuestan las lecciones que me dá, puesto que para él no tienen precio alguno, ni le acarrean ninguna pérdida.

108. Otro ejemplo de beneficios usurarios es el goce ó uso que el mutuante estipulase del mutuatario respeto de las cosas que hubiese recibido en peño; porque este goce ó uso es una cosa que el mutuante recibiria ademas de la cantidad prestada, seria *lucrum ex mutuo exactum*.

Asi es que cuando la cosa dada en peño es fructífera, el mutuante para no cometer usura debe abonar al mutuatario todos los frutos que percibe de dicha cosa despues de computados los gastos.

En cuanto á las cosas infructíferas, debe el mutuante que las tiene en en peño, guardarlas con todo cuidado, pero no servirse de ellas; porque si se hubiese servido, y este uso fuese apreciable en dinero, el precio de este uso deberia descontarse de la cantidad prestada. Este precio se computará por el valor que tendria su alquiler, si la cosa fuese tal que por su naturaleza pudiese alquilarse. Si la cosa no fuese de esta naturaleza, pero si de aquellas que con el uso se gastan, y pierden algo de su valor, entonces el mutuante que se hubiese servido de ella durante un tiempo algo considerable, deberá consentir que se haga en la cantidad prestada una rebaja proporcional al valor que se estime haber perdido la cosa.

Ejemplo: Puede servir de tal el caso en que un hombre poco acomodado hubiese dado en peño un juego de manteleria. Si el mutuante que la recibió en prenda, se hebiese servido de ella, no creo que el mutuatario pudiese exigir alquiler alguno; podrá, sí, pedir lo que se estime que haya perdido su manteleria con el uso que de ella ha hecho el mutuante.

Si la cosa no fuese de naturaleza alquilable, ni se gastase con el uso, el haberse servido el mutuante de ella no le obligaria á hacer rebaja alguna en la cantidad prestada.

109. ¿Es un pacto usurario aquel en virtud del cual al prestar yo dinero sin interes hago prometer al mutuatario que él á su vez me lo prestará de la propia suerte cuando tenga necesidad de ello, y él se encuentre en posicion de hacerlo? Los casuistas deciden que es usurario, fundados en que por este pacto se hace prometer al mutuatario algo ademas de la restitucion de la cosa prestada, que es lo que constituye la usura. Yo soy de dictamen que esto debe explicarse. El mutuante no puede imponer al mutuatario una obligacion formal, eficaz y perfecta de prestarle igual cantidad cuando la necesite el mutuante, y el otro pueda buenamente prestarla. Semejante pacto no produce accion alguna ni aun para deferir el juramento decisorio á fin de saber si el mutuatario puede comodamente prestar el dinero. Esto seria una exigencia ademas de la devolucion del capital, una injusticia en el rigor del derecho, que las leyes no pueden autorizar. Pero en el fuero interno sobre todo cuando por parte del mutuante no hay una exigencia formal, no veo usura, porque solo pide el mutuante lo que por natural agradecimiento deberia el mutuatario hacer buenamente, sino queria pasar plaza de ingrato.

Antiguamente habia en Orleans la costumbre de prestarse los comerciantes recíprocamente el dinero que necesitaban, bajo la obligacion de que cuando el mutuante lo necesitase, se lo prestaria á su vez el mtuuatario. ¿Se atreverán á decir los casuistas, que en esta costumbre general y benéfica habia usura? Con tales decisiones se hace odiosa la teologia moral.

110. Otra proposicion ponen los casuistas análoga á la anterior. Un molinero presta trigo á los aldeanos, haciéndoles prometer que se mantendrán parroquianos suyos, ofreciéndoles él por su parte que les tendrá las mismas consideraciones que cualquier otro molinero. Los casuistas afirman que aqui hay usura, aun cuando á los aldeanos les sea de todo punto indiferente llevar su trigo á este ú otro molino. Mas aunque este pacto no es, ni puede ser obligatorio por derecho civil, no veo en su cumplimiento mas que un acto de gratitud muy natural en los aldeanos á favor de su bienhechor, acto que no les acarrea perjuicio alguno, y que por consiguiente no puede importar usura, porque usura sin perjuicio alguno por parte del que la presta, es un absurdo.

§. V.

Del efecto de las leyes que prohiben la usura.

111. Los pactos usurarios son nulos y no producen obligacion alguna, segun aquella regla: *Pacta quæ contra leges fiunt, nullam vim habere indubitati juris est.*

112. El juramento ninguna validez ni fuerza puede dar á tales pactos nulos de si.

113. Siendo una cosa indebida los intereses y demas beneficios usurarios prometidos por el mutuatario, no solo no pueden serle exigidos, sino que si los hubiese pagado, deben descontarse del capital. Y si se hubiese pagado el capital con todos los intereses usurarios, el mutuante deberá restituir estos intereses, á menos que el mutuatario se los condone. Si fuese un tutor el que prestó á usura el dinero de sus menores, estos no podrán exigir al mutuatario mas que el capital; pero si el mutuatario hubiese ya satisfecho asi el capital como los intereses, la restitucion de estos por mas que le sea debida en conciencia, no podrá exigirla sino al tutor, y por ningun estilo á los menores por mas que el tutor se los haya abonado. La razon está en que siendo obligacion del tutor hacer productivo el dinero de su pupilo, colocándolo de una manera lejítima y permitida, siempre deberá abonar al menor los intereses, y culpa suya es y no del menor, si estos se percibieron de una causa ilejítima. El menor recibe los intereses del tutor que se los debe, no del deudor que contrató con el tutor, y de quien puede reclamar la reparacion de la injusticia que ha sufrido.

No puede decirse que el menor quede obligado con el hecho del tutor, segun aquella regla de que el acto del tutor es el acto del menor; porque esta regla solo es verdadera cuando se trata de actos que la administracion de la tutela exige; y en nuestro caso esta administracion no obligaba al tutor á hacer préstamos usurarios. (1)

---

(1) Como los numeros 115 y 116 hablan de las penas que el antiguo derecho frances imponia á los usureros, habiendo dicho nosotros lo suficiente en las notas anteriores en lo concerniente al derecho español, creemos superfluo ocuparnos mas de esta materia. *N. de los edit.*

SECCION I.

DE LOS INTERESES COMPENSATORIOS.

117. Siendo la usura *lucrum ex mutuo*, solo serán intereses y beneficios usurarios los que proporcionen al mutuante una ganancia efectiva. Mas cuando lo que el mutuante exije ademas del capital, es una simple indemnizacion de los perjuicios que sufre con el préstamo, entonces no es una usura, sino intereses compensatorios que el mutuante puede lícitamente percibir.

Los perjuicios que el mutuante sufre, nacen ó bien del retardo con que el mutuatario restituye la cantidad prestada, ó bien del préstamo mismo.

La ley civil ha ordenado la indemnizacion debida asi al mutuante como á cualquier otro acreedor de una cantidad de dinero, por el perjuicio que le ocasiona la demora en el pago. De esto hemos hablado en el *Trat. de las oblig.* desde el n. 169 hasta el fin del artículo.

A estos intereses compensatorios se refiere Ulpiano en la *l.* 12, §. **1**, *ff. de Verb. sign: Minus solvit qui tardius solvit, nam et tempore minus solvitur.* Solo respeto de lo que el acreedor ha perdido ó ha dejado de ganar por razon de la demora en el pago, se entiende que paga menos el deudor *qui tardius solvit*; pues de otra suerte se entenderia que el acreedor habria recibido lo mismo que prestó á pesar del retardo en el pago.

118. Los perjuicios del mutuante nacen á veces del préstamo mismo, y consisten ó bien en un daño que el mutuo le causa, ó bien en un beneficio de que le priva.

Ejemplo: Un amigo mio me pidió que le prestase una cantidad de dinero que necesitaba inmediatamente; y yo para reunir esta cantidad que no tenia, me veo obligado á vender en pública subasta muchos efectos por un precio mucho menor de lo que los hubiera vendido en otras circunstancias. La pérdida que sufro por el menor precio de los efectos vendidos, es un perjuicio proveniente del mismo préstamo, *damnum ex mutuo emergens*.

En este y otros casos semejantes Teólogos y Jurisconsultos convienen en que el mutuante puede lícitamente estipular del mutuatario y percibir ademas del capital prestado una indemni-

zacion de la pérdida que el mutuo le causa. Esto se funda en aquella regla de equidad: *Est iniquum damnosum cuique esse officium suum; l. 7, ff. testam, quemadmodum aper.* Si el mutuo y los demas oficios de amistad deben ser gratuitos, si no puede exigirse por ellos una recompensa; tampoco es justo que sintamos perjuicios por hacerlos, y la equidad reclama que cuando por ellos sufrimos alguna pérdida, seamos indemnizados por el que recibió el favor.

Semejante indemnizacion que el mutuante puede exigir, no es contraria al principio por el cual se establece que el mutuante no puede pedir mas que lo que ha dado; porque debe reputarse que ha entregado al mutuatario ademas de la cantidad prestada el valor de la pérdida que para prestársela ha sufrido.

Por lo demas la indemnizacion nunca debe ser mayor que la pérdida real y efectiva que el mutuante haya sufrido.

119. Los perjuicios causados al mutuante por el préstamo pueden asi mismo consistir en la privacion de alguna ganancia que el mutuante debia esperar, en cuyo caso se llaman *lucrum cessans.*

Si esta ganancia fuese tal que seguramente la habria obtenido con mi dinero á no haberlo prestado á mi amigo, prefiriendo á todo hacerle un favor; podré lícitamente estipular de él que me indemnice de esta ganancia que sacrifico en su obsequio. Fúndase esto en la máxima ya citada: *Est iniquum damnosum cuique esse officium suum*: y acerca del particular puede tambien decirse que el mutuante ha dado al mutuatario ademas de la cantidad prestada, el valor de la ganancia que con ella habria hecho, y de que se ha privado para hacerle un favor.

Ejemplos: I. Tenia yo en mis arcas la cantidad de mil duros destinada á la redencion de un censo de igual capital, cuando viene un amigo á pedirme prestada esta misma cantidad, y yo para que el pueda acudir á sus urgencias, se la presto, privándome de la redencion del censo. Es evidente que en este caso el préstamo me quita un beneficio, pues debo seguir pagando las pensiones del censo que sin haber realizado el préstamo habria redimido; y por consiguiente deberá mi amigo abonarme todas las pensiones que devenguen, hasta que restituyéndome la cantidad prestada me ponga otra vez en situacion de redimir aquella carga.

II. Cuando mi amigo vino á pedirme prestados mil duros de que dijo necesitar perentoriamente, estaba en tratos y resuelto á

comprar con aquella cantidad una finca que estaba en venta, y que me convenia mucho; pero sensible á los pesares de mi amigo le presté los mil duros quedándome en la imposibilidad de comprar la finca. Los beneficios que de esta compra debia prometerme, y de que voluntariamente me privé en obsequio de mi amigo, merecen una indemnizacion, y en su consecuencia mi amigo deberá abonarme la renta que la finca hubiera debido proporcionarme hasta que devuelva la cantidad que debia servirme para comprarla.

120. En los casos que acabamos de referir es cosa cierta y segura el beneficio de que el mutuante se ha privado para hacer el préstamo. Pero si esos beneficios fuesen solo probables, no seguros, ¿podria el mutuante hacérselos indemnizar por el mutuatario? Si cuando se me pidió prestada una cantidad de dinero iba á emplearlo en la compra de una partida de géneros sobre que era probable hacer una buena ganancia, y en obsequio del mutuatario me privo de hacer esta compra; ¿puedo pedir una indemnizacion por esta ganancia probable de que me he privado? La opinion comun es que puedo, de tal suerte sin embargo, que la indemnizacion no sea de toda la ganancia que habria de hacerse, y si solo de la cantidad en que se estime la esperanza que tenia de hacer esta ganancia, porque aqui no hay una ganancia segura y positiva, sino una esperanza de hacerla, y esta por probable que sea, nunca puede tener el mismo valor que la ganancia misma cierta y positiva. (1)

121. Si los beneficios que el mutuante esperaba de la inversion que se prometia dar á su dinero en el caso de no haberlo prestado, no fuesen ni seguros ni muy probables, sino inciertos, no podria pretender indemnizacion alguna.

122. Paraque el mutuante pueda percibir alguna cosa, *ultra sortem ratione lucri cessantis*, es preciso no solo que al tiempo de verificar el mutuo tuviese una ocasion oportuna para dar al dinero prestado otro destino que hubiese podido proporcionarle una ga-

(1) En esta posibilidad muy probable de hacer ganancias en el empleo del dinero se funda la disposicion casi comun á todas las legislaciones de que entre comerciantes sea lícito exigirse por los préstamos un interes mas crecido que entre otras personas. Por derecho español á pesar de la rigidez con que se hallan prohibidas las usuras, se permite en los préstamos mercantiles el interes de un 6 p. 100, como hemos dicho antes. *N. de los edit.*

nancia cierta ó muy probable, sino que es ademas necesario que entonces se hubiese hallado resuelto á dar á su dinero este destino, y que no lo haya hecho para hacerle un favor al mutuatario á pesar de que su interes le dictaba otra cosa.

Pero cuando el mutuante que prestó su dinero á interes, ó no se hallaba en disposicion de dar al dinero otro empleo, ó que solo por su provecho particular haya preferido darlo á interes; lo que por esta razon reciba será usurario, porque nada puede percibir *ratione lucri cessantis*, ya que no habia tal ganancia de que se haya privado en obsequio de la amistad, cuando no tenia ni voluntad ni proporcion de emplear el dinero de otra suerte.

123. En el caso en que el mutuante pueda lícitamente pretender una indemnizacion por razon del daño *emergente* ó *lucro cesante*, esta indemnizacion no le será debida, si el mutuatario no se ha obligado á ella. Es necesario que el mutuante al tiempo de prestar el dinero haya manifestado al mutuatario la pérdida que sufria, y la ganancia de que se privaba por causa del préstamo, y que le haya declarado que le hacia ese préstamo con la obligacion por parte del mutuatario de indemnizarle. Sin esto no podria exigirse la indemnizacion, puesto que tal vez el mutuatario no habria querido acceptar el préstamo con tal obligacion.

124. Todo lo que acabamos de decir en cuanto al lucro cesante y daño emergente, tiene únicamente lugar en el fuero interno. Ante los tribunales no seria escuchado el que reclamase alguna cosa *ultra sortem* por dichos motivos, siendo la razon el que si tales reclamaciones fuesen atendidas, se abriria ancha puerta á los intereses usurarios, pues á nadie seria dificil encontrar pretexto para exigirlos.

125. Los intereses que exigen los montes pios por las cantidades que prestan, son una especie de intereses compensatorios por razon de los gastos que tales establecimientos tienen que soportar. Asi es que tales intereses son válidos, aun en el fuero externo.

126. Hay otra especie de intereses compensatorios que el mutuante puede lícitamente exigir *ratione periculi sortis á mutuante suscepti*. Tales son los intereses que el mutuante estipula en los contratos á la *gruesa*, por razon de los riesgos de la navegacion. Estos intereses nada tienen de usurario: no son la recompensa del préstamo, sino otra cosa agena del mismo; son el precio del riesgo con que carga el mutuante en favor del mutuatario, de cuya cuenta deberia correr: el mutuante que sin estar obligado á ello carga con tal riesgo, puede exigir por él un precio.

127. Es muy diferente este riesgo del que corre el mutuante de perder la cantidad prestada por insolvencia del mutuatario. Este riesgo es una consecuencia natural é inseparable del préstamo, y por consiguiente lo que por esta razon percibiese el mutuante *ultra sortem.*, seria exigido *propter mutuum*, seria una usura. Lejos de ser la pobreza del mutuatario que hace presumir su insolvencia, un motivo para exigirle intereses, es una razon que hace mas criminales los que se le exijan: la pobreza debe servirle para que se le socorra, no paraque se le oprima. Si el temor de la insolvencia fuese motivo para exigir al mutuatario intereses, seguiríase el grandísimo absurdo de que á proporcion que mas pobre fuese un hombre, se le podria acabar de arruinar con mayores usuras.

SECCION V.

DEL DESCUENTO

128. Se llama *descuento* la deduccion que hace el que paga una cantidad antes de vencer el plazo, de una parte del mismo capital á cuenta de los intereses que devengaria desde el dia del pago hasta el del vencimiento del plazo en que deberia pagarse.

Ejemplo: Si al entregar hoy una cantidad de mil duros que solo deberia pagar dentro de un año, me retengo sesenta duros en representacion de los intereses que devengaria esta cantidad durante el año por el cual la anticipo; estos sesenta duros que retengo no pagando mas que nueve cientos cuarenta en vez de mil, es lo que se llama descuento de la cantidad pagada con anticipacion.

Muy grande es la semejanza que hay entre el descuento y el interes del mutuo, asi es que debe entenderse usurario. El que anticipa un pago, presta la cantidad anticipada por el tiempo que falta hasta el vencimiento del plazo.

Dirase que el que paga anticipadamente dà al acreedor algo mas de lo que le debe, el *commodum repræsentationis*, por razon del cual se dice que *plus etiam tempore solvitur*. Pero este *commodum repræsentationis* es lo mismo que el *commodum ex mutuo*:

y asi como nada puede exigirse por este, nada podrá tampoco exigirse por aquel.

129. El descuento solo es ilícito cuando la anticipacion del pago no causa ninguna pérdida, ni priva de ninguna ganancia al que la hace, pues si tales perjuicios sintiese, no seria entonces el descuento *lucrum ex prærogata solutione*, sino una indemnizacion muy justa; *justa recompensatio damni ex prærogata solutione emergentis aut lucri cessantis*, aqui puede aplicarse lo que hemos dicho de las usuras compensatorias.

130. Hay otra especie de descuento muy frecuente entre los comerciantes, cuando uno compra al contado créditos pagaderos al cabo de algun tiempo. Los créditos no pueden venderse por menos de lo que valen, cuando el vendedor responde de la solvencia del deudor, sobre todo cuando se obliga á satisfacerlos él mismo á la primera negativa del deudor; véase el *Trat. de comp. y vent. n.* 577.

Sin embargo en los créditos á plazo sucede con frecuencia entre comerciantes que el comprador hace una deduccion de la cantidad debida por razon del descuento, es decir, por el interes que la cantidad entregada habria producido desde el dia del pago verificado por el comprador hasta el vencimiento de la letra.

Ejemplo: Si compro al contado una letra de cambio de mil duros, la cual solo vencerá al cabo de medio año, deduzco segun costumbre mercantil de dichos mil duros treinta que representan el interes de medio año, y por consiguiente por precio de dicha letra de mil duros solo doy nueve cientos setenta.

Si el comprador quiere guardar la letra hasta su vencimiento, y el desembolso anticipado no le acarrea ninguna pérdida, ni le priva de ninguna ganancia; no hay duda que dicho descuento es usurario é ilícito.

Aun es mas usurario que el interes del mutuo cuando el mutuante lo exige conforme permiten las leyes, porque el comprador de una letra de mil duros pagadera al cabo de medio año haciéndose abonar un descuento de treinta y no entregando por consiguiente mas que nueve cientos setenta, exige del vendedor por esta cantidad que le entrega, un interes mayor del seis por ciento que la ley permite en el comercio. El seis por ciento de nueve cientos setenta duros por medio año, son veinte y dos duros y dos reales, y todo lo que pasa de esta cantidad es un interes reprobado por la ley.

Si la letra pagadera á un plazo determinado que compro al contado, debe servirme para pagar inmediatamente una deuda igual á mi acreedor, ó el precio de algunos generos que me propongo comprar, y estoy moralmente cierto de que mi acreedor ó vendedor de los géneros no aceptarán en pago la letra, sino con el descuento, este no será entonces *lucrum ex prærogata solutione*, sino una indemnizacion muy justa, segun los principios antes sentados.

131. Hay otra especie de descuento lícito tambien, y es en el caso en que el comprador de una finca ó de otra cosa fructífera que no debe entrar en posesion hasta despues de algun tiempo, anticipa no obstante el pago del precio. Este comprador puede retener el descuento que represente los intereses legales desde el dia del pago anticipado hasta aquel en que haya de entrar en posesion de la finca. El vendedor en este caso debe los intereses del precio en cambio de los frutos que percibe: porque asi como en el caso inverso el comprador que hubiese entrado en posesion y goce de la heredad antes de haber pagado el precio, deberia los intereses de este precio en cambio de los frutos que percibe, no siendo justo que á la vez disfrute de la heredad y del precio, asi tambien en nuestro caso el vendedor que cobra anticipadamente el precio de la heredad cuyo goce retiene, deberá los intereses de ese precio en cambio de los frutos que percibe, ya que no es justo que disfrute á la vez de la cosa y de su precio.

PARTE TERCERA.

DEL CUASI-CONTRATO LLAMADO PROMUTUO, Y DE LA ACCION *CONDICTIO INDEBITI.*

SECCION I.

DEL PROMUTUO.

En el primer artículo veremos que es este cuasi-contrato; cuales son los puntos de semejanza que tiene con el mutuo; y en que se diferencia de él; en el segundo trataremos de la accion que del mismo nace.

ARTICULO I.

QUE ES EL PROMUTUO; CUALES SON LOS PUNTOS DE SEMEJANZA QUE TIENE CON EL MUTUO, Y EN QUE SE DIFERENCIA DE EL.

132. Llámase promutuo el cuasi-contrato en virtud del cual el que recibe una cantidad de dinero ó de cosas fungibles, que se le ha pagada por error, contrae en favor del que asi se la ha pagado, la obligacion de restituirle otro tanto. El pago verificado por error es el que forma este cuasi-contrato, que se llama *promutuo* por la mucha semejanza que tiene con el mutuo.

133. Esta semejanza consiste, 1°. en que para uno y otro se necesita la tradicion de una cantidad de dinero ó cosas fungibles.

2°. Asi como el mutuo solo es perfecto cuando el dominio de la cosa fue transferido al mutuatario, y cuando á falta de esta traslacion de dominio el mutuatario la consumió de buena fé; asi tambien cuando yo pago una cantidad que creia erradamente deber, el promutuo no se entiende perfecto, ni produce en él que recibe la cantidad, la obligacion de devolver otra igual, si con este

pago indebido no traspasó el dominio de la cosa entregada, ó si á falta de esto el que la recibió no la hubiese consumido: mientras tanto el que recibió la cosa solo está sujeto á su reivindicacion por parte de los que son sus dueños.

3°. La principal semejanza que tiene el promutuo con el mutuo, consiste en la igualdad de las obligaciones que de uno y otro nacen; porque asi como el mutuatario está obligado á devolver al mutuante una cantidad igual á la recibida; asi por el promutuo aquel que recibió el pago de una cantidad de cosas fungibles que no se le debian, queda obligado á devolver al que se la pagó por error otra cantidad igual. *Qui non debitum accepit per errorem solventis, obligatur quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur qua debitores creditoribus.*

134. Apesar de estos puntos de semejanza es el promutuo muy diferente del mutuo. El mutuo es un contrato, y por consentimiento de las partes se forma la obligacion que de él dimana: el mutuante solo presta con la intencion de que el mutuatario se obligue á devolverle una cantidad igual á la que le presta, y el mutuatario consiente, y se somete á esta obligacion. Por el contrario el promutuo no es un contrato sino un cuasi-contrato, entre los cuales lo cuenta Justiniano, *inst. de oblig. quæ ex quasi contrac. nasc.* §. 7, y la ley 5, *ff. de oblig. et act.* Ningun consentimiento de las partes media para formar la obligacion que de él nace: El que paga por error lo que no debe, no tiene la intencion de hacer contraer obligacion alguna al que recibe, ni este tiene tampoco intencion de contraerla.

Tampoco debe suponerse, como algunos han opinado, un pacto tácito de devolver la cosa caso de no ser debida: porque la persuasion en que se supone á las partes de la existencia de la deuda, excluye semejante pacto tácito. Gayo hablando del promutuo dice: *Non potest intenligi is qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse; qui enim solvit per errorem, magis distrahendæ obligationis animo quam contrahendæ dare videtur, d. l. 5, ff. de oblig. et act.*

La obligacion que nace del promutuo, se forma sin que intervenga consentimiento alguno de las partes, fórmala la equidad que no permite que el que recibió el pago de lo que no se le debia, se enriquezca á expensas del que se lo hizo por error: *Jure natu-*

ræ æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem ; l. 206 , ff. de reg. jur.

ARITCULO II.

DE LA OBLIGACION QUE NACE DEL PROMUTUO.

135. Del promutuo nace la obligacion de restituir una cantidad igual á la que fué pagada por error como debida , no siéndolo.

136. Esta obligacion la contrae el que recibió la cantidad pagada á favor del que la pagó.

La cantidad se entiende pagada , y yo contraigo la obligacion de devolver otra igual, tanto si yo mismo la hubiese recibido , como si otro lo hubiese hecho en mi nombre por orden ó disposicion mia.

Lo mismo debe decirse cuando yo ratifico la acceptacion del pago hecho por otro en mi nombre. Véase lo que acerca de estos extremos dijimos al tratar del mutuo.

137. Asimismo deberá entenderse que alguno me pagó la cantidad indebida, y á su favor contraeré yo la obligacion de devolver otra igual, tanto si él me la pagó por sí, como si se valió de una tercera persona.

138. El objeto de esta obligacion es una cantidad igual á la recibida , en lo cual se parece esta obligacion á la del mutuo.

El que pagó por error , solo puede repetir la cantidad pagada : nada de interes ; *l.* 1 , *condict. indeb.*

139. Segun los principios del derecho romano , de esta obligacion nacian dos acciones entre las cuales podia escoger el que habia pagado por error.

La primera se llama *condictio certi* , y es la misma que tenia el mutuante, y en general todos aquellos que por cualquier título eran acreedores de una cosa cierta y determidada. En este sentido dice Gayo : *Qui non debitum accipit.....eadem actione tenetur , qua debitores creditoribus ; l.* 5 , §. 3 , *ff. de oblig. et act.*

La segunda es la que se llama *condictio indebiti*, y de ella vamos á hablar en la seccion siguiente.

La distincion de estas diferentes acciones que tienen un mismo objeto , no es admitida en nuestro derecho.

SECCION II.

DE LA ACCION LLAMADA CONDICTIO INDEBITI.

140. La accion conocida con el nombre de *condictio indebiti* es la que tiene lugar siempre que uno ha pagado á otro por error no solo una cantidad de dinero ó cosas fungibles , lo cual constituye el promutuo , sino tambien cualquier otra cosa indebida en general.

Esta accion nace de la obligacion que contrae el que recibe una cosa que no se le debe , en virtud del mismo pago que acepta, dé devolverla al que se la paga por error. La aceptacion del pago constituye un cuasi-contrato de que procede esta obligacion, cuyo fundamento se halla en aquella regla de equidad natural : *Jure naturæ equum est , neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem ; l.* 206 , *ff. de reg. jur.* , Segun explicamos ya en el artículo anterior.

141. De ahí se sigue , 1°. que la *condictio indebiti* es una accion personal , puesto que nace de la obligacion personal que contrae aquel á quien se paga una cosa que no se le debia.

2°. Síguese ademas , que la *condictio indebiti* solo compete contra el que aceptó el pago hecho por error, en cuanto ha sacado provecho, y se ha enriquecido con este pago : porque la obligacion de que dicha accion nace, no tiene mas fundamento que la referida regla de equidad que no permite , enriquecerse á expensas del que verificó el pago.

142. Para que tenga lugar la *condictio indebiti* es necesario, 1°. Que lo que se paga no se deba ; 2°. Que no haya motivo alguno para pagar; 3°. Que el pago se haya verificado por error. Ventilaremos estos tres puntos en los tres primeros artículos. En los siguientes veremos á quien y contra quien compete esta accion , y cual es su objeto; y finalmente si alguna vez puede tener lugar contra los terceros detentores de la cosa pagada por error.

ARTICULO I.

ES NECESARIO QUE LA COSA PAGADA NO FUESE DEBIDA.

—

Pueden suponerse muchos casos en que se paga lo que no se debe, teniendo por consiguiente lugar la *condictio indebiti*.

PRIMERO Y SEGUNDO CASOS.

143. Págase lo que no se debe, y tiene lugar su repeticion, no solo cuando nunca haya existido titulo alguno de la deuda que se cree satisfacer, sino tambien cuando este título es nulo, descubierta su nulidad despues del pago: *Ex omnibus causis quæ jure non valuerunt vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, condictioni locus erit*; *l.* 54, *ff. de condict. indeb.*

Ejemplo I. Un heredero paga los legados señalados en el testamento Despues de verificado este pago, se halla que el testamento, único título de la deuda, es nulo en virtud de la revocacion que del mismo ha hecho el testador, y de que el heredero no tenia entonces noticia; ó bien de ningun efecto á causa de las muchas deudas hereditarias que absorviendo la herencia no dejan con que pagar los legados. El heredero que los hubiese pagado, tendrá la *condictio indebiti* por haber pagado lo que no debia; *l.* 2, §. 1, *ff. eod.*

II. Pedro me vendió una cosa cuyo precio le entregué: despues he descubierto que esta cosa no era suya sino mia, y que por consiguiente la venta era nula. Al satisfacer el precio pagué lo que no debia, y por consiguiente podré repetirlo; *l.* 37, *ff. eod.*

TERCER CASO.

144. Repútase que pago lo que no debo, cuando aunque en rigor de derecho puedo aparecer deudor, tengo sin embargo una excepcion perentoria para no pagarlo; *l.* 26, §. 3, *ff. eod.*

Ejemplo: Si hubiese pagado á Pablo una cantidad de que constaba en un vale firmado á su favor por mi padre cuyo heredero soy; y despues hubiese descubierto que aquella promesa le fué arrancada por Pablo por dolo ó violencia; aun cuando segun la sutileza del derecho, puede parecer que soy deudor de lo prometido por mi padre, sin embargo en realidad pagué lo que no debia, ya que podia negarme á verificarlo en virtud de la excepcion perentoria de dolo ó violencia.

145. Este principio no tiene indistintamente lugar respeto de todas las excepciones perentorias, es preciso exceptuar aquellas que dejan subsistir junto con ellas una obligacion natural; porque segun veremos en el artículo siguiente, basta esta obligacion natural para excluir la repeticion de lo pagado. El jurisconsulto Marcelo indica esta distincion entre las excepciones perentorias que destruyen de todo punto la obligacion, y las que á pesar de destruir la obligacion civil dejan subsistente la natural, cuando dice, *l.* 66, *ff. de reg. jur*: *Desinit debitor esse qui nactus est exceptionem justam necab equitate naturali abhorrentem.*

Puede servir de ejemplo de una excepcion perentoria que deja subsistente la obligacion natural, la prescripcion de 30 años adquirida contra una deuda válida y lejítima. Lo mismo debe decirse de la excepcion *rei judicatæ* resultante de una sentencia en última instancia dada, la cual por no haber presentado mi acreedor las pruebas que no halló hasta despues del fallo, me absuelve de la demanda. Esta excepcion perime la obligacion civil, pero no la natural; y si pago, no se reputará que este pago sea de una cosa indebida, y por consiguiente no tendrá lugar la repeticion; *l.* 28, *ff. de condict. indeb.*

Esto deberia tener lugar aun cuando el deudor al tiempo del pago no hubiese tenido noticia de la sentencia absolutoria que le concedia la excepcion *rei judicatæ;* porque no es la noticia de este fallo que podia tener al tiempo de pagar, lo que le quita el derecho de repetir lo pagado; sino la obligacion natural que subsiste á pesar del fallo, y tanto si lo ignora como si lo sabe.

CUARTO CASO.

146. Se paga lo que no se debe, no solo cuando no se debe nada de lo que se paga, sino tambien cuando se paga mas de lo que se debia, en cuyo caso tendrá lugar la repeticion en cuanto al exceso; *l.* 1, *cod. de condict. indeb.*

Repútase que he pagado mas de lo que debia, y habrá lugar á la repeticion, cuando por error omití hacer alguna deduccion ó

retencion que tenia derecho para hacer sobre la cosa pagada. Javoleno trae este ejemplo: *Si is qui hæreditatem vendidit et emptori tradidit, idquod sibi mortuus debuerat, non retinuit, repetere poterit, quia plus debiti solutum, per condictionem recte recipietur*; *l.* 45, *ff. l.* 40, §. 1, *eod.*

147. Pomponio refiere un ejemplo de una retencion omitida en el pago de una cosa: *Quum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi; incerti condicam, ut iter mihi concedatur*; *l.* 22, §. 1, *eod.*

Aun cuando solo hubiese omitido hacerme dar una caucion que tenia derecho á exigir al pagar; se entiende por esto solo que he pagado mas de lo que debia, y podré exigir dicha caucion por medio de la *condictio indebiti.* Asi lo enseña con un ejemplo la *l.* 39, *ff. eod.*

QUINTO CASO.

148. No solo se paga lo que no se debe pagando lo que jamas se ha debido, sino tambien pagando lo que ha dejado de deberse.

Ejemplo: Si ignorando yo el pago verificado por mi condeudor solidario de la cantidad que juntos debiamos, la hubiese pagado otra vez; no cabe duda que podré repetirlo, porque pagué lo que habia dejado de deberse.

¿Que será si los dos pagos hubiesen sido verificados en una misma fecha? En tal caso como los dos pagos componen un doble de lo que se debia, hemos pagado mas de lo debido, y nos compete á cada uno por mitad la repeticion del excedente. Asi lo enseña Celso en la ley 19, §. 4. La ley 20 añade: *Si reus et fidejussor solverint pariter, in hac causa non diferunt á duobus reis promittendi.* Creo sin embargo que para evitar un círculo de acciones debe concederse al fiador la repeticion de lo que ha pagado de mas; y el acreedor al restituírselo quedaria libre con el deudor principal.

149. Cuando se debian dos cosas alternativamente por dos deudores solidarios, de los cuales cada uno pagó una; si los pagos son de diferente fecha, claro está que el segundo es el indebido; pero si son de una misma fecha, no tiene cada uno de ellos como en el caso precedente, la repeticion por mitad de la cosa pagada, porque el acreedor debe tener una de ellas por entero; sino que este podrá restituir la que quiera, y al devolverla al que se la entregó, quedaria libre no solo para con él, si no tambien para con el otro; *l.* 21, *ff. eod.*

SEXTO CASO.

150. Es pagar una cosa indebida, pagarla antes de cumplirse la condicion bajo la cual se debe; porque como vimos en el *Trat. de las oblig. n.* 218, lo que se debe bajo condicion, no se debe todavia; *Tantum spes est debitum iri.* Asi es que en este caso tiene lugar la repeticion, mientras la condicion no se haya verificado. Mas si antes de entablar la repeticion, la condicion se hubiese cumplido, no tendrá lugar; porque como el cumplimiento de las condiciones produce un efecto retroactivo, entiéndese que ya se pagó lo que se debia. Asi lo enseña Pomponio, *l.* 16, *ff. eod.*

151. No es lo mismo el plazo que la condicion. El plazo no impide que la deuda exista, solo difiere el que pueda exigirse. Asi es que el pago hecho antes de vencer el plazo no es el pago de una cosa indebida, y por consiguiente no da lugar á la repeticion. *In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit*: *l.* 10, *ff. de tit.*

Una condicion que no puede dejar de cumplirse, no es en rigor condicion, y solo se considera como plazo. Asi no podrá exigirse lo que se haya pagado, siendo debido bajo tal condicion; *l.* 18, *ff. eod.*

152. Si bien es verdad que no puede repetirse lo pagado antes del vencimiento del plazo, ¿no podrá por lo menos el que por error asi hubiese pagado, reclamar el valor del beneficio que acarrea ese pago anticipado al que lo recibió? no: esto seria exigir un descuento, y el descuento que es como el interes del mutuo no puede estipularse, como dijimos antes, y por lo mismo mucho menos podrá reclamarse sin haber sido prometido.

SEPTIMO Y OCTAVO CASO.

153. Es pagar una cosa indebida pagarla á otro diferente de aquel á quien se debe, ó cuando la paga otro que el que la debe creyéndose deudor por equivocacion; *l.* 65, §. *fin. ff. eod.*

Ejemplos 1: Para demostrar la primera parte de esta regla bastará citar el caso en que se hubiese pagado á uno que decia falsa-

mente tener del acreedor un poder bastante para cobrar; *l.* 8, *cod. de condict. indeb.*, ó á uno que se le presentaba falsamente como su heredero; *l.* 26, §. 11, *ff. d. tit.*

II Para ejemplo de la segunda parte sirve el caso en que yo hubiese pagado la deuda de una persona cuyo heredero creyese ser por error, y por consiguiente deudor de sus acreedores. Este mismo caso propone Pomponio en la *l.* 19, §. 1, *ff. eod.*

Empero si el pago se hubiese verificado en nombre del verdadero deudor, aunque no fuese él el que pagó, no tendrá lugar la repeticion. Asi debe entenderse lo que dice Paulo en la *l.* 44, *ff. eod.*: *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam á vero debitore solutum est.*

NOVENO CASO

154. Es asimismo pagar lo indebido, pagar por error otra cosa diferente de la que se debe.

Exemplo: si creo deber alternativamente un caballo ó un mulo, cuando debo un caballo, y entrego un mulo, podré reclamarlo por haber entregado una cosa no debida; *l.* 19, §. 3, *ff. eod.*

De otra suerte seria, si sabiendo que debo solo un caballo, consintiendo en ello mi acreedor, le hubiese entregado un mulo.

DECIMO CASO.

155. Depende á veces de un suceso futuro el que sea de una cosa indebida el pago que se ha verificado, y por consiguiente el que tenga lugar la repeticion. Esto sucede con frecuencia en las deudas alternativas.

Ejemplo: Si un habanero debiese á otro cuatro cientos duros ó el negro Pablo, y pagase dos cientos duros, por ejemplo; la validez de este pago dependerá de lo que despues haga. Porque si en seguida paga los dos cientos duros restantes, será válido el pago de los dos cientos anteriormente verificado; Pero si despues entregase el negro, el primer pago de dos cientos duros vendrá á ser de una cosa indebida, que por consiguiente podrá repetirse; *l.* 26, §. 13, *ff. eod.*

En el *Trat. de las oblig.* n. 255, y 257 se encontrarán otros casos análogos á la especie citada.

ARTICULO II.

ES PRECISO QUE NO HAYA NINGUNA CAUSA REAL PARA PAGAR LA COSA INDEBIDA QUE SE SATISFAGA.

---

156. La *condictio indebiti* es una de las especies comprendidas en la accion general *condictio sine causa* por la cual se repite todo aquello que se hubiese dado ó satisfecho sin causa alguna real; asi pues bastará para que no tenga lugar la repeticion el que hubiese un motivo real y probable para verificar el pago de una cosa indebida.

Segun este principio, no tendrá lugar la repeticion cuando lo que se satisfizo, no se debia en el fuero externo, pero si en el fuero del honor y de la conciencia; porque por mas que en el riguroso sentido de la palabra no sea *debida* una cosa sino cuando se debe en virtud de una obligacion civil, á tenor de la definicion que dá la *l.* 108 *de verb. signif.*: *Debitor inteligitur is á quo invito exigi pecunia potest*; y por mas que lo que se debe solo en conciencia y en virtud de una obligacion meramente natural, sea en rigor una cosa indebida; sin embargo no cabe duda que esta obligacion natural que quiso cumplir el que pagó, era un motivo real y suficiente para verificar el pago, y por consiguiente no tendrá lugar la repeticion. Asi lo enseña Juliano en la *l.* 16, §. 3, *in fine*, *ff. de fidej*;

Ejemplo: Si una muger casada despues de muerto su marido, ó bien sus herederos pagasen aquello que ella se obligó á satisfacer durante el matrimonio sin autorizacion de su marido; si uno paga una deuda contra la cual podia oponer la prescripcion de 30 años; en estos casos y en otros semejantes aunque la cosa pagada no fuese debida en el fuero externo, no podrá sin embargo reclamarse, porque habia una causa real para verificar el pago.

157. Del mismo principio se desprende que si para evitar un pleito empezado ó que iba á empezarse entre dos personas, aunque sin fundamento alguno por parte del actor, este hubiese recibido por via de transaccion una cantidad de dinero, aunque en realidad nada se le debiese, no tendria lugar la repeticion; porque habia un motivo real para verificar este pago, el de evitar un pleito. Asi lo enseña Paulo en la ley 65, §. 1, *ff. de condict. indeb.*

Esta decision de Paulo no tendrá lugar, si la transaccion padeciese algun vicio que la hiciese nula, como sucederia si para hacerme transigir se hubiesen empleado malas mañas; ó si la transaccion solo se hubiese celebrado despues de dada una sentencia en última instancia de la cual no tuviesen noticia los transigentes, y que hubiese dirimido absolutamente la cuestion, pues en este caso la transaccion no puede tener lugar; *d. l.* 65, §. 1,; *l.* 23, *ff. eod.*

La sentencia dada en última instancia, en que se me hubiese absuelto de la demanda de cierta cantidad de dinero que otro me reclamaba, no impide que el pago que hubiese yo verificado, sea válido, tanto si tenia, como sino tenia conocimiento de dicha sentencia, segun quedó establecido mas arriba, n. 140: ¿como pues esa sentencia destruye la validez de la transaccion celebrada despues sobre el objeto del pleito, si los transigentes no tenian noticia del fallo? La razon de diferencia es evidente: el pago de una cantidad de dinero que se realizó despues de haber obtenido una sentencia absolutoria, hace presumir la existencia de una obligacion natura que la sentencia no pudo destruir, porque solo alcanza á las obligaciones civiles, y esta obligacion natural es una causa suficiente para considerar válido el pago en su virtud verificado. Pero una transaccion puede solo tener por causa la ambigüidad é incertidumbre del derecho que en el pleito se ventilaba, y el deseo de poner término al litigio originado por aquella misma incertidumbre. La transaccion es esencialmente *de re incerta et dubia*; luego cuando una sentencia ha desvanecido la incertidumbre, y terminado el proceso, deja de haber motivo alguno para la transaccion: y por esto aquella que se hubiese celebrado despues de la sentencia cuya existencia ignoraban las partes, es de todo punto nula por falta de objeto; y por consiguiente el pago realizado en virtud de tal transaccion es nulo como ella misma, como verificado sin causa.

158. El finiquito de cuentas en virtud del cual se diga que los interesados están enteramente satisfechos, sin que en ningun tiempo puedan hacerse reclamacion alguna unos á otros, no debe considerarse como una transaccion, ni inpedir por consiguiente la repeticion de lo que uno de los interesados hubiese tal vez satisfecho de mas. Asi lo enseña Scévola en la ley 67, §. 3, *ff. eod.*

159. Si no puedo repetir lo que hubiese satisfecho sin deberlo, cuando realicé el pago en virtud de una transaccion; con mayoria de razon no podré repetirlo cuando, lo verifico en virtud de una sentencia que á ello me condena, por mas que injustamente, porque esa sentencia forma una obligacion civil, y *propter autoritatem rei judicatæ repetitio cessat*; *l.* 29, §. 5, *ff. mand.* A eso mismo se refiere Antonino en la ley 1, *cod. de condict. indeb.*

ARTICULO III.

ES NECESARIO QUE EL PAGO DE LA COSA INDEBIDA HAYA SIDO VERIFICADO POR ERROR.

—

160. *La condictio indebiti* en reclamacion de lo que se ha pagado sin ser debido, solo tiene lugar cuando el pago se verificó por error; si el que pagó sabia en aquel acto que no debia, no tendrá lugar la repeticion, *l.* 1, *ff. de condict. indeb.*; *l.* 9, *cod. d. tit.*

Esto es una consecuencia de lo establecido en el artículo anterior sobre no tener lugar la repeticion, cuando habia algun motivo real para verificar el pago; porque el que paga una cosa sabiendo que no la debe, tiene intencion de ejercer un acto de liberalidad en favor de aquel á quien la entregó, y esta intencion basta para validar el pago que entonces no es mas que una verdadera donacion entre vivos.

161. ¿Que diremos cuando es dudoso si el que pagó lo que no debia, sabia ó ignoraba esta circunstancia? Debe presumirse que la ignoraba, segun aquella regla de derecho: *In re obscura melius est favere repetitioni quam adventitio lucro*; *l.* 41 §. 1, *ff. de reg. jur.*

162. Falta observar que el error que da lugar á la repeticion de lo pagado indebidamente, ha de ser un error de hecho, porque nadie puede alegar la ignorancia del derecho que nunca se presume ni excusa, ya que cada cual tiene obligacion de consultar y hacerse instruir en lo relativo á los negocios que emprende. Asi lo decide la ley 10, *cod. de jur. et fac. ignor.* Para comprender la distincion entre el error de hecho y la ignorancia ó error de derecho servirá el siguiente

Ejemplo: Un heredero luego de muerto el testador y antes de averiguar si los legados absorbian una parte de la cuarta falcidia ó de la legítima que debia quedarle íntegra, pagó dichos legados: en este caso lo que pagó de mas, lo pagó por error de hecho, y puede repetirlo. Mas si cuando pagó los legados por entero, tenia

ya un conocimiento exacto de los bienes hereditarios, por manera que no podia ignorar que los legados escatimaban su cuarta falcidia ó legítima, no podrá repetir lo que hubiese pagado de mas, aunque diga que cuando verificó el pago no sabia los derechos que le competian para retener íntegra la cuarta falcidia, ó la legítima: *Sciant ignorantiam facti non juris prodesse, nec stultis solere succurri, sed errantibus*, dicen los emperadores Severo y Antonino en la ley 9, §. 1, *ff. de jur. et fact. ignor.*

ARTICULO IV.

A QUIEN COMPETE LA CONDICTIO INDEBITI.

—

163. Esta accion compete al que ha pagado por error lo que no debia, tanto si lo ha pagado él mismo, como si lo ha verificado otro en su nombre. Asi es que si mi tutor ó curador hubiesen pagado por mi y en mi nombre lo que creian equivocadamente que debia; solo yo podré reclamar lo pagado sin ser debido; *l.* 57, *ff. de cond. indeb.*; *l.* 6, *cod. d. tit.*

Ni mi tutor podria entablar la reclamacion, aun cuando hubiese verificado el pago con dinero suyo propio, porque habiendo pagado en mi nombre, no se entiende que fuese él quien pagó, sino yo: *l.* 6, *§. fin. ff. d. tit.*

164. Por mas que aquel que pagó con su propio dinero en mi nombre lo que yo no debia, no tenga por sí mismo la *condictio indebiti*; sin embargo como podria dirigirse contra mi para repetir este dinero, si lo hubiese pagado por mi órden, y yo deberia dirigirme contra aquel á quien hubiese sido entregado en mi nombre, lo cual forma un círculo vicioso de acciones, los jurisconsultos romanos á pesar de su apego á la sutileza del derecho creyeron poder prescindir de ella en este caso, y que para evitar aquel rodeo de acciones podia concederse al que pagó por mi con su dinero la *condictio indebiti* para repetirlo directamente contra aquel á quien lo pagó indebidamente; *l.* 53, *ff. d. tit.*

165. Cuando alguno sin mi órden pagó con su dinero en nombre mio una cantidad que yo no debia, y despues no quiero reconocer este pago verificado tan inoportunamente en mi nombre; con mayoria de razon deberá concederse directamente la *condictio indebiti* al que hizo el pago; porque este es el único recurso que le queda, puesto que nada puede reclamar contra mi.

No puede decirse que el que en mi nombre pagó con su dinero lo que creyó que yo debia, podrá dirigirse contra mi pidiéndome que si no quiero devolverle la cantidad en mi nombre pagada, le ceda por lo menos la *condictio indebiti*; porque en virtud de mi negativa á reconocer el pago hecho en mi nombre, no puede entenderse que fuese yo el que pagó, y por consiguiente no me competerá la *condictio indebiti*, y mal puedo cederla no teniéndola. Luego es la misma ley la que debe conceder directamente esta accion al que de tal manera pagó.

166. Un caso hay en que la *condictio indebiti* no se concede al mismo que verificó el pago en su propio nombre, sino á otro; tal es el caso en que instituido yo heredero en un testamento, hubiese pagado con dinero de la herencia los legados comprendidos en el mismo, y despues declarado este testamento nulo ó inoficioso, me viese obligado á restituir la herencia al heredero legítimo. Entonces no me competeria á mi la *condictio indebiti* para repetir los legados satisfechos con dinero de la herencia, y que se vé que fueron indebidamente satisfechos á causa de la nulidad del testamento, por mas que haya verificado yo mismo y en mi nombre el pago de tales legados, sino que competerá al heredero legítimo; *l.* 7, §. 1, *ff. d. tit.* Lo mismo tendrá lugar de cualquier manera y por cualquier causa que sea que el testamento haya sido invalidado; *ll.* 3 y 4, *ff. eod.*

Esto se estableció para evitar el rodeo de una cesion de acciones. Habiendo el heredero testamentario invertido de buena fé el dinero, de la herencia pagando los legados ordenados en el testamento que parecian debidos mientras el testamento no era invalidado, solo podia obligársele á ceder al heredero legítimo la *condictio indebiti* que le competia, y que no podia ejercer habiendo dejado de ser heredero. Era pues preferible conceder esta accion directamente al heredero legítimo, único á quien habia de aprovechar la repeticion de los legados.

Ademas de que el heredero testamentario no verificó el pago en su nombre *simpliciter*, sino en su calidad de heredero; luego en cierta manera puede decirse que pagó en nombre de la herencia, y que á esta bajo tal concepto pertenece la accion en virtud

del pago adquirida, la cual por lo mismo competerá al que obtenga la herencia.

Lo mismo deberia decirse en el caso en que un menor heredero hubiese pagado con dinero de la herencia legados ú otras cosas que creia equivocadamente deudas hereditarias, y despues hubiese reclamado y conseguido la restitucion por entero contra la adicion de la herencia. Entonces el que entra en la herencia en lugar del menor, ó el procurador de la herencia, si quedase vacante, tendrá la *condictio indebiti*.

ARTICULO V.

CONTRA QUIEN PUEDE DIRIGIRSE LA CONDICTIO INDEBITI.

167. Esta accion compete contra aquel á quien se hizo el pago. Entiéndese este hecho á mi favor, tanto si se me hubiese entregado la cosa á mí mismo como si hubiese sido entregada á otro en mi nombre; *l.* 180, *ff. de reg. jur.* Asi es que en este último caso la repeticion tendria lugar no contra el que verificó el pago sino contra mí.

Esta decision tiene lugar, aun cuando él se hubiese aprovechado de la cantidad recibida á causa de habérsela yo condonado. De aqui se desprende esta regla de derecho: *His solis pecunia condicitur, quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit*; *l.* 49, *ff. de cond. indeb.*

168. Por mas que uno hubiese recibido en nombre mio una cantidad de dinero ó de otras cosas que el que se las entregó creia equivocadamente deberme; no se entiende hecho á mi favor el pago, sino en cuanto el que la recibió tenia orden especial mia para ello, ó bien yo hubiese aprobado y ratificado el pago. Sin tales circunstancias puedo yo dejar de reconocer el pago, en cuyo caso no se entenderá que se me haya hecho á mi, y por consiguiente tampoco podrá entablarse contra mi la *condictio indebiti*, sino contra aquel que aceptó el pago en mi nombre, pero sin orden mia; *l.* 6, §. 1 *y* 2, *ff, eod.*; *l.* 14, *ff. de cond. causa dat.*

Esta decision deberá aplicarse aun en el caso en que el que cobró por mi tuviese poderes generales; porque esos poderes le daban facultad para cobrar en mi nombre lo que se me debia, no empero aquello que no se me debe. Asi es que ora cobre lo que absolutamente no se me debe, ora cobre mas de lo que se me debe, podré yo dejar de reconocer estos pagos, en cuyo caso la *condictio indebiti* tendrá lugar no contra mi sino contra ese procurador: *d. l.* 6, §. 2, *l.* 57, §. 1, *ff. de cond. indeb.*

ARTICULO VI.

DEL OBJETO DE ESTA ACCION.

169. El objeto de esta accion es repetir la cosa misma pagada por error, ó bien una cantidad igual á la entregada: *Quod indebitum per errorem solvítur, aut ipsum, aut tamtumdem repetitur*; *l.* 7, *ff. d. tit.*

Dos casos comprende esta regla. El primero es aquel en que *tamtumdem repetitur*, cuando la cosa pagada es una cantidad de dinero ó de cosas fungibles, que es el caso del pro-mutuo de que hemos hablado en la seccion anterior. El que ha pagado por error no pide entonces las cosas mismas que entregó sino una cantidad igual á la pagada. Nada mas diremos acerca de este caso.

Tiene con este analogia aquel otro caso en que lo pagado es una cosa que no puede restituirse en especie, como cuando se hicieron á alguno servicios que tienen su precio, y que se creia por error serle debidos, ó cuando se ha concedido el goce ó usufruto de alguna cosa, pues entonces debe reclamarse el otro tanto, es decir, el precio de tales servicios ó de tal usufruto.

Nótese que como aquel á quien se pagó por error, solo queda obligado *quanti locupletior est*, no deben estimarse estos beneficios ó usufrutos sino en cuanto al provecho que de ellos ha debido reportar, es decir, en cuanto al salario que hubiera debido pagar á otro que tales servicios le hubiese prestado, ó tal goce le hubiese concedido, sin tener en consideracion lo que hubiera podido exigir por los servicios prestados, por el goce concedido el que los prestó ó concedió, *Non quanti locari potui, sed quanti tu conducturus fuisses*: *d. l.* 65, §. 7.

170. El otro caso de la regla sentada en que *ipsummet repetitur*, que es el que nos proponemos desenvolver, es cuando la cosa indebidamente pagada no es fungible, y por consiguiente no pudo consumirse por el uso.

El que una cosa de esta naturaleza pagó por error, como que se constituye acreedor de la misma *in individuo*, debe contentarse con que se le devuelva en el ser y estado en que se halla al reclamarla.

Aun cuando se hallase ella muy desmejorada ó notablemente deteriaorada por poco cuidado del que la recibió, no podria el que la pagó quejarse ni pedir indemnizacion alguna; porque asi como el posesor de buena fé de una cosa agena no debe responder al verdadero dueño de su falta de cuidado en conservarla, *quia qui quasi rem suam neglexit, nulli quærelæ subjectus est*; *l.* 31, §. 3, *ff. de petit. hæred.*; asi tambien aquel á quien se pagó por error una cosa que no se le debia, tiene derecho para tratar con descuido esta cosa que se le entregó, y que ignoraba estar sugeta á restitucion, sin que pueda exigírsele responsabilidad alguna por el menoscabo que á causa de su abandono haya sufrido la cosa.

171. Esto tiene lugar en cuanto aquel á quien se pagó la cosa por error, cree de buena fé que se le debe. Pero cuando sabe que no se le debe, y que por consiguiente está obligado á restituirla al que se la pagó por error, ora supiese esto al tiempo del pago, ora lo haya sabido despues, desde el momento de tener tal noticia le obliga la buena fé á poner en la conservacion de la cosa el cuidado necesario para poder cumplir con su deber de devolverla; y por consiguiente será responsable de todos los menoscabos y daños que hubiese sufrido la cosa por su falta de cuidado.

Aun cuando haya creido siempre de buena fé que la cosa le pertenecia, estará obligado á poner en su conservacion ese mismo cuidado desde el dia en que hubiese sido compelido para su restitucion.

172. Debiendo el que pagó una cosa por error sufrir la pérdida ó deterioros de esta, á no ser que fueren ocasionados por culpa del que la recibió cuando sabia ya que no se le debia; deberán en cambio pertenecerle todos los aumentos que dicha cosa hubiese recibido, segun aquellas reglas de derecho: *Ubi periculum ibi et lucrum*; *l. fin.* §. 3, *cod. de furt*: *Secundum naturam est commodum cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda*; *l.* 10, *ff. de reg. jur.*

Asi podrá repetir con la misma cosa los frutos percibidos por aquel á quien se pagó por error, porque este bajo ningun concepto debe enriquecerse á costa del que le pagó: *l.* 15, *ff de cond. indeb.*

Esto tiene lugar tanto si aquel á quien fué entregada la cosa, sabia que no se le debia, como si creia de buena fé que se le debia; pues la ley que acabamos de citar, dice expresamente que van comprendidos en la condiction *fructus quos bona fide percepit.*

Sin embargo hay una diferencia entre uno y otro caso. El que sabia que la cosa que se le pagó, no le pertenecia, debe abonar no solo los frutos percibidos; sino tambien los que dejó de percibir; y debe abonarlos, tanto si se ha aprovechado de ellos, como si no. Por el contrario el que creia de buena fé pertenecerle la cosa que recibió, solo debe abonar los frutos percibidos, en cuanto se aprovechó de ellos, y se hizo mas rico.

173. El que pagó por error una cosa, puede reclamar por la *condictio indebiti* la cosa que de aquella suerte pagó, no solo con los aumentos y mejoras naturales, sino tambien con los artificiales que en ella hubiese hecho el que la recibió.

Ejemplo: Si yo te hubiese pagado por error unas tierras, y sobre una parte de ellas hubieses levantado un edificio; podré reclamar de ti las tierras con el edificio á ellas anexo, segun aquella regla, *ædificium solo cedit.* Pero esto debe entenderse con la obligacion por parte mia de reintegrarte todo el coste de la obra en cuanto con ella se han hecho de mayor valor las tierras; porque la misma regla de equidad en virtud de la cual me compete contra tí la *condictio indebiti*, paraque no te enriquezcas á costa mia, te dá á ti una excepcion para reclamar el reembolso del costo de la obra, para que yo no me enriquezca á costa tuya.

Adviértase que si aquel á quien se pagó por error una cosa, al paso que hizo en ella aumentos y mejoras, hubiese causado en la misma deterioros y perjuicios, no podrá pretender el reembolso de las mejoras, sino sujetándose al descuento del valor de los deterioros; porque aun cuando en fuerza de la *condictio indebiti* no pueden exigírsele estos deterioros causados en una cosa que no sabia estar sujeta á restitucion, n. 166, deberá responder de estos deterioros desde el momento mismo en que pide las mejoras, porque nunca puede entenderse mejorada una cosa sin tener en cuenta lo que al mismo tiempo de haber sido mejorada haya perdido.

174. Si creyendo que te debo mayor cantidad que la realmente debida, te hubiese entregado en pago con tu anuencia y con-

sentimiento una heredad ó alguna cosa no fungible; ¿podré repetir una parte de esta heredad proporcionada á lo que creia deberte mas de lo que realmente te debia? ó bien estaré obligado á repetir la cosa entera ofreciendo simultaneamente el pago de la cantidad debida?

Ejemplo: Yo te debia solamente 800 duros, y creia equivocadamente deberte 1200, y en pago de estos mil dos cientos te entregué mi casa que tu aceptaste buenamente. ¿Puedo en tal caso reclamarte una tercera parte de esta casa, ya que un tercio de la cantidad en cuyo pago te la entregué, era indebida? ó bien estaré obligado á repetir la cosa entera, sujetándome á pagarte en el mismo acto los 800 duros que realmente te debo? Es preciso decidir que no podré repetir una parte de la casa; porque tu consentiste en recibir una casa en pago de una cantidad que creiamos debida, pero no es probable que hubiese consentido en admitir una parte de esta misma casa, aunque hubiese sido en pago de una cantidad menor; puesto que nadie quiere por lo regular adquirir bienes para tenerlos en comunidad con otro.

Por la misma razon si yo te pidiese la casa entera previo el pago de los 800 duros que te debo no podrias ofrecerme la restitucion de un tercio de la casa reteniendo los dos tercios restantes en pago de los 800 duros; porque si yo hubiese sabido que solo era esta cantidad la realmente debida, seguramente no habria querido entregarte en pago de ella una parte de la casa, ya que el temor de tener una cosa en comunidad era motivo suficiente para no hacerlo. Todo esto se halla conforme con lo que enseña Marcelo en la ley 26, §. 4, *ff. d. tit.*

175. De otra suerte habria de decidirse, si creyéndome deudor de una cantidad de dinero mayor que la que realmente debia, hubiese dado cosas fungibles en pago de aquella cantidad: entonces cesa el inconveniente antes explicado, y por lo mismo podré repetir una parte de las cosas fungibles, proporcionada al exceso de la deuda creida por error sobre la deuda real; d. l. 26, §. 5.

176. Como la *condictio indebiti* y la obligacion que de ella dimana, tienen por objeto la misma cosa *in individuo*, que fué pagada, á no ser que el pago se hubiese verificado en cosas fungibles: síguese que dicha accion y obligacion deberán extinguirse cuando la cosa que tienen por objeto, hubiese perecido, ó se hallase fuera del comercio de los hombres. Este principio es comun

á todas las obligaciones de una cosa cierta y determinada, segun explicamos latamente en el *Trat. de las oblig. part.* 3, *cap.* 6.

Debe hacerse sin embargo una difirencia entre el que sabia que la cosa que se le habia pagado por error, no se le debia, y aquel que de buena fé creia que era debida. El primero queda libre de su obligacion de restituir la cosa por la pérdida de la misma únicamente en el caso en que esa pérdida acaeciese sin hecho alguno ni culpa de su parte, por un caso fortuito que tambien habria arrebatado la cosa al que la entregó en pago, aun cuando la hubiese tenido en su poder. Pero el que creyó de buena fé que se le debia lo que se le pagó, queda libre de la obligacion de restituirlo, como quiera que suceda la pérdida, porque segun vimos antes, n. 166, nunca puede imputársele culpa alguna respeto de una cosa que creia suya.

Ejemplo: Citaremos el que trae Paulo en la ley 65, §. 8, *ff. eod: Si servum indebitum tibi dedi, cumque manumisseris; si cciens hoc fecisti, teneberis ad pretium ejus;* porque el esclavo ha dejado de serlo y de hallarse en el comercio de los hombres por un hecho tuyo; *si nesciens, non teneberis*, puesto que aun cuando la cosa que habias de devolverme haya dejado de estar en el comercio de los hombres, y no pueda por consiguiente devolvérseme; tu buena fé y la ignorancia en que te hallabas de que tuvieses que devolverme la cosa, hacen que no pueda imputársete culpa alguna por este hecho.

Es de notar no obstante lo que añade Paulo al fin de dicha ley, á saber, que tu deberás abonarme y tenerme en cuenta todos los beneficios que el derecho de patronato te confiere tanto respeto de los servicios que te hubiese prestado el liberto, como respeto de la herencia que como patrono hubieses tal vez adquirido del mismo: *Sed propter operas ejus liberti* (*tenebris*), *et ut hæreditatem ejus restituas.*

De esto se desprende el siguiente principio: aun cuando aquel á quien se hubiese pagado por error una cosa indebida que el hubiese recibido de buena fé, queda libre de la obligacion de restituirla, cuando ella perece, ó viene á hallarse fuera del comercio de los hombres; quedará no obstante obligado á abonar al que se la entregó cualesquiera beneficios que de la misma haya reportado. Asi lo exige aquella regla de equidad que no permite que nadie se enriquezca á expensas de otro.

177. Cuando la cosa pagada por error á alguno que creia de buena fé debersele, existe, si, pero no se halla en su poder á causa de haberla vendido, por ejemplo; como que por la *condictio indebiti* solo está obligado *quatenus lecupletior est*, no deberá restituir la cosa que no tiene, sino abonar el precio que hubiese sacado, y los frutos que hubiese percibido antes de la venta, aun cuando la hubiese vendido por un precio muy bajo: *l.* 26, §. 12, *ff. eod.*

Si aquel á quien se pagó por error la cosa, la hubiese vendido por un precio tan bajo que diese lugar á la restitucion por causa de lesion en mas de la mitad del justo precio, estaria ademas obligado á ceder la accion rescisoria que le compete contra el comprador, á aquel que le pagó por error la cosa, paraque este pueda valerse de tal remedio por su cuenta.

Si aquel á quien se pagó la cosa por error, sabe que la tal cosa no se le debe, aunque la venda, no podrá librarse de la obligacion de restituirla; pero como no puede cumplir con esta obligacion á causa de no tener la cosa en su poder, será responsable de todos los daños y perjuicios que por ello experimente aquel á quien se debia la restitucion.

ARTICULO VII.

SI EL PAGO VERIFICADO POR ERROR DA ACCION CONTRA LOS TERCEROS POSEEDORES DE LA COSA PAGADA.

178. El que paga á alguno por error una cosa que cree deberle, quiere transferirle el dominio por medio de la tradicion que verifica, y el que la recibe quiere asimismo adquirir este dominio. Este concurso de voluntades basta con la tradicion para operar la traslacion de dominio. Luego el pago verificado por error encierra una enagenacion por parte del que paga, á favor del que recibe. Asi pues el que paga deja de ser dueño de la cosa, y no podrá tener la reivindicacion, ya que esta accion vá unida esencialmente al derecho de dominio que él no tiene. Solo le compete la *condictio indebiti* derivada de la obligacion personal que contrae el que recibió la cosa, de restituírsela, y esta accion, segun la naturaleza de todas las acciones personales, solo puede tener lugar

contra el que contrajo la obligacion y sus herederos ó sucesores universales.

Hæc ita stricto jure: Pero el error en fuerza del cual se realiza el pago, puede ser en ciertas ocasiones un motivo justo y suficiente para rescindir el pago y la enagenacion que encierra, y para dar por consiguiente al que lo verificó, que por medio de la rescision debe ser reputado todavia dueño de la cosa, una accion *utilis in rem* para reivindicarla contra el tercer posesor.

179. Yo opino que esta accion rescisoria ó *utilis in rem* debe ser concedida á aquel que pagó por error una cosa, contra un tercero que la poseyese por título lucrativo, como por donacion entre vivos ó por legado que le hubiese hecho aquel á quien se entregó la cosa. En tal caso la accion se funda en aquella regla de equidad que no permite que ninguno se enriquezca á expensas de otro, ni por consiguiente que este donatario ó legatario *qui certat de lucro captando*, se aproveche de la cosa malamente pagada que recibió por donacion ó legado, en perjuicio de aquel que la pagó por error *qui certat de vitando damno quod ex hujus rei indebitœ solutione sentit.*

Es muy diferente el caso respeto de aquel que hubiese comprado la cosa de buena fé, el cual no se enriquece á expensas de otro, puesto que paga el precio de la cosa que legitimamente adquiere. No debe pues permitirse que el que pagó la cosa por error se dirija contra este tercer posesor, sino que tendrá que dirigirse contra aquel á quien pagó la cosa, para que le restituya el precio.

Pero si el que compró la cosa pagada por error, hubiese sabido esta circunstancia al comprarla, estaria sujeto á la accion rescisoria, sin poder repetir del vendedor mas que el precio que le hubiese pagado; porque conociendo el vicio de la cosa no puede pretender indemnizacion alguna; *Trat. del contr. de comp. y vent. n.* 187.

FIN DEL TRATADO DEL MUTUO, Y DE LAS MATERIAS QUE TIENEN RELACION CON EL.

TRATADO

DEL

Contrato de depósito.

ARTICULO PRELIMINAR.

1. El *deposito* es un contrato por el cual uno de los contraentes da una cosa á guardar á otro que se encarga de ello gratuitamente, y se obliga á devolvérsela asi que se la pida.

El que da la cosa á guardar se llama *deponente*, el que la recibe, *depositario*.

La palabra *depósito* no solo significa el contrato. sino tambien las cosas depositadas.

Ulpiano nos enseña la etimología del *depósito* (DEPOSITUM). Se compone de *pósitum* y de la proposicion *de* que aumenta la fuerza del verbo á que se prepone, como se vé en *deamare*, *deprecari*, *derelinquere* y otros. *Depositum*, dice, *dictum ab eo quod ponitur*, es decir que por el depósito se pone la cosa en poder del depositario; y la preposicion *de* señala la plenitud de confianza con que esto se verifica; *Præpositio enim, de* añade, *auget depositum, ut ostendat, totum fidei ejus commissum quod ad custodiam rei pertinet; l.* 1, *ff. depos.*

Hay dos especies de depósito. *depósito simple* y *depósito secuestro*. Depósito simple es cuando solo hay un deponente. Cuando muchas personas depositan en comun una cosa en que tienen un interes tambien comun, todas ellas juntas no se consideran mas que como nn solo deponente, y el depósito que verifiquen, será un depósito simple.

El *secuestro* es el depósito que hacen dos personas que tienen en la cosa intereses ó pretensiones opuestas, con el fin de que sea ella entregada al que decrete el juez.

En los tres primeros capítulos hablaremos del depósito simple, en el primero, de su naturaleza; en el segundo, de las obligaciones y acciones que de él nacen; y en el tercero de algunas especies particulares de este depósito. En el capítulo cuarto trataremos del secuestro y de los depósitos judiciales.

CAPITULO I.

DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO.



En el primer artículo, veremos que cosas pueden ser objeto de este contrato, y que personas pueden celebraalo: En el segundo, que es necesario para formar este contrato: En el tercero á que clases de contratos debe referirse.

ARTICULO I.

QUE COSAS PUEDEN SER OBJETO DEL DEPOSITO, Y QUE PERSONAS PUEDEN CELEBRARLO.

---

§. I.

Que cosas pueden ser objeto del depósito.

2- Solo las cosas corporales pueden ser depositadas, porque solo ellas pueden ser custodiadas. Las cosas incorporales, como los derechos de crédito, de servidumbre etc. no lo son; pero los títulos de estos derechos, *ipsa intrumentorum corpora*, pueden ser, lo mismo que las otras cosas corporales, objeto de este contrato.

3. Entre las cosas corporales son las muebles la materia, al menos comun y ordinaria, del depósito; y hasta se disputa entre los doctores si los bienes sitios, como una casa, pueden ser objeto del depósito. Los que defienden que una cosa raiz puede ser objeto de un depósito, alegan muchas leyes que tratan del secuestro, y que por consiguiente no pueden aplicarse al depósito simple.

Los de la opinion contraria, se apoyan en la etimologia del nombre *depositum. dictum ex eo quod ponitur*, es decir, porque la cosa depositada se pone, se coloca en manos y poder del depositario, lo cual solo puede verificarse con cosas muebles.

Este argumento no me parece concluyente. El contrato por el cual se confia á alguno la custodia de una cosa ha podido recibir el nombre de *deposito* sin que por esto sea de su esencia que la cosa sea realmente y de hecho *puesta* en manos y poder del depositario. Para tomar este nombre bastaba que el depósito consistiese mas frecuentemente en cosas muebles que son las que que por lo regular se *ponen* en poder del depositario; porque la denominacion de las cosas deriva *ex eo quod frequentius fit*. Asi pues la etimologia del nombre no es un argumento bastante sólido para demostrar que el depósito solo puede consistir en cosas muebles.

La razon mas fuerte que puede alegarse en apoyo de que las cosas raices no pueden ser objeto del depósito, es que lo que caracteriza esencialmente este contrato, es el fin para el cual se confia á otro una cosa. Este fin es el de custodiarla paraque el deponente la pueda encontrar en poder del depositario siempre que la necesite; por manera que si fuese entregada para otro fin, yá el contrato no seria un depósito. Ahora bien una cosa raiz, como una casa, no es susceptible de ser depositada, porque atendida su naturaleza jamas podrá tener su dueño precision de darla á guardar paraque pueda encontrarla cuando la necesite, como que no es posible que la casa se estravie ni que nadie se la lleve consigo. Asi es que cuando alguno al emprender un viaje confia á su amigo las llaves de su casa, el depósito no es de la casa, sino de las llaves ó mas bien de los muebles que bajo esas llaves se guardan.

Si el fin que se propone, fuese tambien el de que ese amigo visitase la casa de vez en cuando para examinar si falta algo, y cuidar de que se haga lo que falte; como este fin excede los límites de una simple custodia, ese contrato respeto de la casa será un mandato no un depósito.

4. Falta observar en cuanto á las cosas en que puede recaer el depósito, que no puede ser entregada por título de ese contrato una cosa propia del que la recibe como depositario. Asi es que si hubiese yo recibido por título de depósito una cosa que no sabia que era mia, el contrato será nulo de pleno derecho, y no producirá obligacion alguna; *l. 15, ff. depos.*

Aun cuando el contrato hubiese sido válido en su principio, porque al celebrarlo la cosa depositada no pertenecia aun al depositario; si este despues hubiese adquirido su dominio con la herencia del verdadero dueño, tal circunstancia destruirá absolutamente el contrato y las obligaciones que de él nacen. Por lo cual bastará que el depositario justifique sumariamente su derecho de dominio nuevamente adquirido, paraque se le repute libre de la obligacion de restituir la cosa. Esto se halla conforme con aquella regla de derecho: *Etiam ea quæ recte constiterunt, resolvuntur, quum in eum casum reciderunt, á quo non potuissent consistere; l. 98, ff. de verb. obl.* Brunneman *ad l. 1, §. final, ff. depos, et ad l. 15, ff. d tit.*

El principio sentado sufre excepcion en el caso en que aquel que hubiese entregado una cosa en depósito al dueño de ella, tuviese el derecho de retenerla en su poder.

Ejemplo: El usufructuario de una cosa, ó aquel que la tiene en peño podrán darla válidamente en depósito al dueño de ella.

§. II.

Que personas pueden celebrar este contrato.

5. El depósito nada tiene de particular en este punto; pueden celebrarlo todas las personas capaces de contratar, y solo dejarán de poder celebrarlo, los incapaces; acerca de lo cual véase el *Trat de las oblig, part. 1, cap. 1, secc. 1, art. 4.*

Ejemplo: Si hubiese recibido alguna cosa de algun niño que no tiene todavia uso de razon, ó de un loco, no será este un contrato de depósito, porque no puede haber contrato de ninguna especie entre dos personas una de las cuales no es capaz de consentimiento y por consiguiente de contratar. Será si un cuasi-contrato *negotiorum gestorum* en el caso en que yo hubiese recibido la cosa con la sana intencion de que no se perdiese en manos del niño ó del loco, y para entregarla á sus parientes, tutores ó curadores. Si hubiese recibido la cosa con mala intencion para aprovecharme de ella, cometeria un robo.

6. Asimismo cuando la persona que me dió á guardar una cosa, es incapaz de contratar por derecho civil, como si fuese una muger que estuviese bajo el poder marital, y me la hubiese entregado sin autorizacion del marido; no habrá entonces en el fuero externo un contrato de depósito; pero no obstante contraeré á favor del marido ó bien la obligacion *negotiorum gestorum*, caso de haber recibido la cosa con ánimo de entregársela á él, ó bien la obligacion *eurti,* si mi intencion hubiese sido de extraviarla.

Por el contrario si hubiese dado á guardar una cantidad de dinero ó qualquier otra cosa á una muger que se hallase bajo el poder marital sin estar autorizada para recibirla; no habrá depòsito en el fuero externo, porque la ley prohibe à la muger casada contratar. Peró si dicha cosa existiese todavia en su poder, podré reivindicarla dirigiendome contra el marido: y aun cuando hubiese dejado de tenerla en su poder, me competerá la accion de restitucion en cuanto dicha muger ó su marido hubiesen sacado provecho de la cosa. Esta accion no será de depósito, porque no hay tal contrato, sino una accion hija de aquella regla de equidad que dispone que nadie se enriquezca á expensas de otro; véase el *Trat de las oblig. n.* 123.

ARTICULO II.

DE LO QUE ES NECESARIO PARA FORMAR EL CONTRATO DE DEPÓSITO.

Es necesario, 1º. que se haya entregado al depositario la cosa depositada, á no ser que estuviese en su poder; 2º. que el fin principal de esta entrega sea la custodia de la cosa; 3º. que el depositario se encargue gratuitamente de esta custodia; y 4º. que medie el consentimiento de las partes.

§. I.

Es necesario que se verifique la entrega de la cosa depositada.

7. El depósito es un contrato *real* para cuya formacion es indispensable la entrega hecha por el deponente al depositario de la cosa cuya custodia le confia.

Repútase verificada esta entrega por el deponente, tanto si la verifica por sí mismo, como si la verifica otro en su nombre con orden ó aprobacion suya.

De la propia suerte tambien se reputa hecha la tradicion al depositario, tanto si este mismo recibe la cosa, como si la recibe otro en su nombre ó con aprobacion suya.

8. Si la cosa estuviese ya en poder de aquel á quien se quiere dar en depósito, claro está que no podrá verificarse la tradicion real, porque es imposible *per rerum naturam* que se entregue una cosa al que ya la tiene en su poder. Pero en tal caso podrá verificarse el depósito por medio de una tradicion fingida que los doctores llaman *traditio brevis manus*, porque encierra *brevi compendio* el efecto de dos tradiciones.

Ejemplos I. Si en el acto de ofrecerme la devolucion de una cosa que ya tenias por título de comodato ó locacion-conduccion, hubiesemos convenido que la guardases por título de deposito, se entenderá celebrado este contrato en virtud de la tradicion finguida, por la cual se supone que tu me entregaste la cosa comodada ó alquilada, y que en seguida volví yo á entregartela en depósito.

II. Si queriendo pagar un deudor á su acreedor una cantidad de dinero, convienen entre sí que el deudor retendrá dicha cantidad, entregando solo una factura en que consten especificadamente las monedas en que debia verificarse el pago; habrá un verdadero contrato de depósito formado por una tradicion ficta, por la cual se supone que el deudor entregó al acreedor las monedas de la factura, y que el acreedor se las ha devuelto despues para que las guarde.

Esta tradicion fingida tiene en este caso la fuerza de traspasar al acreedor el dominio de estas especies que antes correspondia al deudor, el cual ya no podrá considerarse mas que como simple depositario.

§. II.

Es necesario que el objeto principal de la tradicion sea la custodia de la cosa.

9. Para que un contrato por el cual uno de los contraentes entrega una cosa, sea un depósito, es preciso que el fin principal de esta tradicion sea únicamente que el que recibe la cosa se encargue de su custodia.

Este fin es el caracter esencial del depósito, y por él se diferencia de los demas contratos.

Cuando la tradicion se hace con otro objeto, no forma un contrato de depósito, sino otro diferente. Si la tradicion fuese con el objeto de transferir el dominio de la cosa, seria una donacion, una venta, permuta ó cualquier otro contrato semejante. Si solo fuese para conceder el uso, seria un comodato ó una locacion-conduccion. Si tuviese por objeto el que con la cosa entregada practicase el que la recibe algo en utilidad del que la entrega, seria una locacion-conduccion, si aquel á quien se hace la entrega, recibiese retribucion, ó un mandato, si practicase el encargo gratuitamente.

Ejemplos: I. Si entrego á mi procurador algunos documentos y títulos con el fin de que se sirva de ellos en defensa de mis derechos; esta entrega no será un depósito, porque no se verificó únicamente *custodiæ causa*, sino con otro objeto que la convierte en mandato; *l.* 8, *ff. mand.*

II. Asimismo si entregase á alguno cierta cantidad de dinero ú otras cosas para que las lleve á otro lugar, no será esto un depósito, sino un mandato; puesto que la entrega no se verifica *custodiæ causa dumtaxat*, sino para que las traslade de un lugar á otro. Todavia mas: aun cuando yo te hubiese entregado una cosa para llevarla á otra persona, añadiendo que si ella no quisiese recibirla, me la guardases, y habiéndola en efecto rehusado, tu la hubieses guardado; el contrato que entre nosotros ha mediado, debe considerarse como un mandato, y no como un depósito; porque el objeto principal por el que te entregué la cosa, no era para que la guardases, sino para que la llevases á aquella otra persona; solo *secundario* fuiste encargado de guardarla; *l.* 1, §. 12, *ff. depos.*

III. De la propia suerte si te hubiese encargado que retirases y guardases una cosa que habia dado en depósito á otra persona, no será esto un depósito, sino un mandato, por mas que en virtud de este contrato te haya entregado la custodia de mi cosa; porque el objeto principal no ha sido encargarte esta custodia, sino retirar la cosa de la persona que la tenia; *d. l.* §. 13.

10. Importa mucho distinguir estos contratos á causa de la di-

ferencia que hay entre la responsabilidad que tiene un mandatario, y la que afecta á un depositario, como veremos despues.

Para acertar en esta distincion, preciso es atenerse á aquella regla que propone Ulpiano: *Uniuscujusque contractus initium spectandum et causa*; *l.* 8, *ff. mand.*

Asi como segun esta regla cuando el fin principal de la tradicion no es el de confiar la custodia de la cosa al que la recibe, por mas que secundariamente se le haya encargado, no es en realidad un contrato de depósito sino otro contrato diferente, segun acabamos de ver; asi tambien por el contrario cuando el fin principal de la tradicion es la misma custodia, el contrato no dejará de ser un verdadero depósito, por mas que se le ponga alguna condicion ó pacto, como el de que el depositario pueda servirse de la cosa, si le ocurriese tener necesidad de ella.

Ejemplo: Si en el momento de emprender un largo viaje hubiese mandado mi bajilla â Diego para que me la guardase; por mas que al verificar el depósito le hubiese permitido que se sirviese de ella si la necesitaba, ese contrato no dejará por esto de ser un depósito, no un comodato; y aun cuando Diego se hubiese realmente servido de mi bajilla en las bodas de su hija, por ejemplo, el contrato continuará siendo un depósito sin dejenerar en comodato: *Uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causa.*

11. Si la cosa depositada fuese dinero ú otra cosa fungible, y hubiese la permision de que el depositario pudiese servirse de ella siempre que la necesitase, este pacto no impide que el contrato sea un depósito, al menos mientras el depositario no se haya servido de la cosa; l. 1, §. 34, ff. *depos.* Empero despues que el depositario se haya servido de la cosa, la consumcion hecha con consentimiento del deponente crea un mutuo, destruyendo el otro contrato de depósito, como que no puede haber depósito de una cosa que ha dejado de existir en fuerza de la consumcion: por esto dice la citada ley que subsiste al depósito, *priusquam utaris.*

12. Siendo el fin único de la tradicion que se hace de la cosa depositada, el de confiar su custodia al depositario, síguese que el deponente no se despoja ni del dominio ni de la posesion de esta cosa, sino que continua poseyéndola por medio del depositario, quien solo tiene la cosa en nombre y por el derecho del deponente; *l.* 17, §. 1, *ff. depos.*

§. III.

Es necesario que aquel á quien se confia la custodia de una cosa, se encargue gratuitamente de ella.

13. El depósito es un contrato de beneficencia: encierra un oficio de amistad que el depositario hace al deponente. De ahí se sigue que para que el contrato por el cual se confia á alguno la custodia de una cosa, sea un depósito, será preciso que el que tal confianza merece, corresponda á ella gratuitamente; porque si por la custodia se exigiese alguna retribucion, el contrato dejará de ser de beneficencia, ni seria un oficio de amistad: luego no seria depósito, sino una locacion-conduccion por la cual el guardador alquila su vigilancia y desvelos por un precio convenido, *l.* 1, §. 8, *ff. depos.*

Por mas que sea de la esencia del depósito el ser gratuito por parte del depositario, sin embargo los regalos que el deponente hiciese al depositario en justo agradecimiento de su servicio, no alteran la naturaleza del contrato, bastando para que sea este gratuito, que el depositario nada haya exigido.

§. IV.

Del consentimiento de los contraentes.

14. El consentimiento es tan necesario en este, como en los demas contratos.

Sin embargo no es necesario que este consentimiento sea expreso, declarado de palabra ó por escrito: basta un consentimiento tácito, como basta en los demas contratos en que solo rige el derecho natural. Este consentimiento tácito resulta en el depósito del hecho de haber el deponente llevado ó mandado una cosa dejándola en casa del depositario á vista, ciencia y paciencia de este. Asi lo decide Ulpiano respeto del depósito hecho al capitan de un buque en la ley 1, §. 8, *nantæ*, *caup. stab.*, y esto mismo debe decidirse en toda otra clase de depósito.

Ejemplo: Si un estudiante que tiene derecho de llevar espada, pero que no puede entrar con ella á la cátedra, la deja en una

tienda inmediata á la universidad á vista, ciencia y paciencia del tendero; resultará de esto un consentimiento tácito para establecer un contrato de depósito entre el estudiante y el tendero.

15. En este como en los demas contratos debe recaer el consentimiento sobre el contrato mismo, es decir, que uno y otro de los contraentes han de tener la voluntad de celebrar un contrato de depósito. El que entrega la cosa ha de tener la voluntad de confiar su custodia, el que la recibe la de encargarse de esta misma custodia. Pero si una de las partes cuenta celebrar un contrato, y otro la otra, no se forma entre ellas contrato alguno por falta de consentimiento; l. 18, §. 1, ff. *de reb. cred.*

En el caso de esta ley que es cuando uno cree dar en depósito, y el otro recibe como en mutuo, no competerá la accion *depositi*, porque no hay tal contrato, sino la reivindicacion de las mismas monedas, si ellas se hallan todavia en poder del que las recibió, ó bien una accion personal contra este para que devuelva una cantidad igual, si hubiese empleado la que se le entregó. Mas esta accion no nace ni del depósito ni del mutuo, sino de la regla de equidad que no permite que nadie se enriquezca á expensas de otro.

16. El consentimiento de las partes en el depósito debe recaer sobre la cosa misma que es su objeto, para lo cual basta que el deponente haya tenido la voluntad de obligar al depositario á devolverle precisamente *in individuo* la misma cosa que le confia, cualquiera que ella sea, y que el depositario haya tenido asimismo la voluntad de obligarse á devolver esa misma cosa *in individuo*. Siendo asi, nada importará que alguna de las partes se haya equivocado en la cantidad ó calidad de la cosa que recibia en depósito, porque no es lo que uno ú otro de los contraentes creyó dar ó recibir en depósito, lo que forma en realidad el objeto del contrato y de la obligacion, sino lo que efectivamente se dió y recibió. Asi es que mientras los contraentes hayan convenido en la devolucion de esa misma cosa *in individuo*, podrá decirse que recayó su consentimiento sobre la cosa objeto del contrato; cualquiera que haya sido por otra parte el concepto que hayan formado sobre su calidad ó cantidad.

17. Asi como el error sobre la calidad ó cuantidad de la cosa objeto del depósito no impide la validez del depósito; asi tampoco la impide el error en cuanto á la persona de uno de los contraentes.

Ejemplo: Si hubiese dado á guardar una cosa á Pedro tomándolo por Pablo, será válido el contrato, y el que recibió la cosa estará obligado á devolvermela á pesar de aquella equivocacion; porque mi voluntad fué de obligar á devolverme la cosa no tanto la persona de Pablo á quien creia dar la cosa en depósito, como á aquel á quien efectivamente la entregué, ora fuese Pablo, ora Pedro ú otro cualquiera.

Si por el contrario yo hubiese recibido una cosa en depósito de Pedro creyendo recibirla de Pablo, es válido el contrato, sin que esta equivocacion me libre de la obligacion de devolver la cosa á Pedro, porque mi ánimo fué de devolvérsela á aquel que me la entregaba, cualquiera que él fuese.

ARTICULO III.

A QUE CLASE DE CONTRATOS PERTENECE EL DEPOSITO.

—

18. El depósito es de la clase de aquellos contratos que se rigen por solo el derecho natural. A este derecho pertenecen todas las reglas del depósito, pues el derecho civil no le sujeta á ninguna regla ni formalidad.

19. El depósito pertenece á los contratos de beneficencia, como que se hace por sola la utilidad de una de las partes, que es el deponente. La otra parte que es el depositario, no tiene en el contrato interés ni ventaja alguna, y no interviene en el contrato mas que para prestar un oficio de amistad al deponente; por esto es gratuito.

20. El depósito pertenece á los contratos reales; no basta para formarlo el consentimiento de las partes; es esencialmente necesaria la tradicion de la cosa.

21. Es ademas el depósito uno de los contratos *sinalagmáticos* ó bilaterales; porque produce obligaciones recíprocas entre los contraentes.

Pero es de los contratos *sinalagmáticos* imperfectos; porque solo hay una obligacion principal, y esta es la del depositario; la del deponente es incidental. Véase el *Trat. de las oblig.* n. 9.

CAPITULO II.

DE LAS OBLIGACIONES QUE PRODUCE EL DEPOSITO, Y DE LAS ACCIONES QUE DE ELLAS NACEN.



SECCION I.

DE LAS OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO Y DE LAS ACCIONES QUE DE ELLAS NACEN.

22. La obligacion del depositario á favor del deponente es como se ha dicho, la principal de este contrato. Ella tiene dos objetos fundamentales; porque el depositario se obliga, 1°. á guardar con fidelidad la cosa que le ha sido confiada; 2°. á devolvérsela al deponente cuando este se la pida. De estos dos objetos trataremos en los dos primeros artículos de la presente seccion. En el tercero hablaremos de la accion que de estas obligaciones nace.

ARTICULO I.

DE LA FIDELIDAD CON QUE DEBE GUARDAR EL DEPOSITARIO LA COSA DEPOSITADA.

---

23. El primer punto de la obligacion que el depositario contrae en virtud del depósito, es de guardar con fidelidad la cosa cuya custodia le ha sido confiada.

COROLARIO PRIMERO.

La fidelidad con que el depositario se obliga á guardar la cosa depositada, le obliga á poner en la custodia de esta cosa el mismo cuidado que pone en la de sus cosas: *Nec enim salva fide minorem his rebus apud se depositis, quam suis rebus diligentiam præstabit*; *l.* 32, *ff. depos*.

Un gran descuido ó abandono, *lata culpa*, por parte del depositario en la custodia de la cosa depositada, es contrario á la fidelidad, ya que no es creible que el depositario por descuidado que fuese, mirase con tal negligencia sus intereses; asi es que por mas que la ley **18**, ff. *de reg. jur.* y la 5, §. **1**, ff. *commod.* dicen que en el contrato de depósito el depositario solo es responsable del dolo ó la mala fé sin embargo no cabe duda que deberá responder asimismo de la pérdida ó deterioros de la cosa confiada á su custodia, cuando la pérdida ó deterioro vienen de una negligencia crasa, porque un tal abandono, contrario como es á la fidelidad del depósito, viene comprendido en la palabra dolo ó falta de buena fé de que dichas leyes le hacen responsable. Asi lo enseña Celso: *Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur, nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est; nisi tamen ad suum modum curam in depositum præstat, fraude non caret*; *d. l.* 32, *ff. depos.*

Ejemplo: En esta negligencia crasa incurrirá aquel depositario á quien se hubiesen confiado dinero, diamantes ú otras cosas preciosas, cuya naturaleza exige que sean guardadas bajo llave, y las hubiese dejado sobre una mesa en una pieza de paso á la vista de todos los entrantes y salientes de la casa. Es evidente que el que asi se portase, deberia responder de la cosa, si fuese robada; porque con tal abandono provocó el robo.

24. Es tan necesaria la fidelidad en la custodia del depósito, como que no seria válido el pacto por el que se conviniese que el depositario no fuese responsable de la pérdida de las cosas depositadas por cualquiera causa que ella sucediese, *aun cuando fuese por falta de fidelidad en la custodia del depósito*. Un pacto de esta naturaleza es contrario á las buenas costumbres, y como tal nulo; *l.* **1**, §. 7, *ff. depos.*

25. De otra suerte debe considerarse el pacto por el cual se conviniese que el deponente se atendria á la buena fé del depositario para la restitucion del depósito, sin que pudiese compelerle á ella por medios judiciales; *l.* 27, §. 3, *ff. de pact.*; *l.* 7, §. 15 *ff. depos.*

Por mas que este segundo pacto parezca *vi ipsa* equivalente al primero, en cuanto por él se permite al depositario faltar impunemente á la fidelidad del depósito; sin embargo es muy diferente, porque el primer pacto parece permitir al depositario que falte á la fidelidad, lo cual hace que sea contrario á las buenas cos-

tumbres y nulo; por el contrario el segundo pacto no consiente esa falta de fidelidad en el depositario, sino que le supone de tal suerte incapaz de ella, como que renuncia el deponente á poder suscitar nunca cuestion alguna acerca de esto, en lo cual nada hay contrario á las buenas costumbres. Para apoyar mas esta diferencia entre los dos pactos puede alegarse aquella regla de derecho: *Sæpe expressa nocent, non expressa non nocent*; *l.* 195, *ff de reg. jur.*

26. Por el contrato de depósito nada mas se exige al depositario que la fidelidad en la custodia de la cosa, sin que sea responsable de las faltas aun leves en que pudiera incurrir, ya que tales faltas no son siempre incompatibles con la fidelidad. Asi lo deciden expresamente las leyes 18, *de reg. jur.* y la 5, *commod.* antes citadas.

Esta última ley dá la razon por que el depositario no es responsable de la culpa leve que viene comprendida en otros contratos, y es que en aquellos en que el interes es comun, la ventaja que una de las partes reporta, exige que ponga en la cosa aquel cuidado que por lo regular ponen en las suyas los diligentes padres de familias. Cuando por el contrario en el depósito ningun interes tiene el depositario, y siendo toda la utilidad del deponente tendria poca gracia que este quisiese hacer responsable al depositario de otra cosa mas que de la falta de fidelidad.

Dirase tal vez contra este argumento, que tampoco respeto del mandato tiene el mandatario utilidad alguna en el contrato, siendo este solo de interes del mandante, y que sin embargo el mandatario es responsable de la culpa leve y aun á veces de la levísima en que incurra con la gestion del negocio que se le ha encomendado. La razon de esta diferencia está en la diversidad del objeto de estos dos contratos. El objeto del mandato es la gestion de un negocio para la cual se necesita aplicacion, cuidado y cierta industria; y el mandatario al encargarse de ella se reputa haberse sujetado á emplear por su parte la aplicacion, el cuidado y la industria necesarios. Por el contrario como el objeto del depósito es la custodia de las cosas depositadas, para la cual basta regularmente la fidelidad, solo á esta se entiende que se ha sujetado el depositario.

27. Es de notar que el depositario no debe responder de la culpa leve, solo porque esta culpa es á veces compatible con la fidelidad, como cuando el depositario es un hombre simple ó poco cuidadoso, sugeto por consiguiente á cometer faltas leves aun en sus propios asuntos; porque la fidelidad solo le obliga á poner en la custodia del depósito el mismo cuidado que le merecen sus cosas, y no otro. Si por el contrario constase que el depositario es un hombre inteligente, esmerado y activo en llevar sus negocios; disputan los doctores si un tal depositario habria de responder hasta de la culpa leve. La opinion afirmativa me parece mas conforme á los principios de derecho. Como la fidelidad con que el depositario debe vigilar la custodia de las cosas que le han sido confiadas, no le permite poner para con ellas menor esmero que el que pone en las suyas; (*Non salva fide minorem quam suis rebus diligentiam præstabit*; *l.* 32, *ff. depositi*;) asi que la falta cometida por el depositario respeto de las cosas á el confiadas sea tal que pueda presumirse que no la habria cometido, si estas cosas hubiesen sido suyas, atendido su caracter cuidadoso y diligente, deberá considerarse esta falta como una infedilidad, de la cual por consiguiente tendrá que responder. Por la opinion negativa se alega, que las leyes establecen por regla general respeto del depósito que el depositario solo es responsable de la falta de buena fé, y que esta no comprende la culpa leve: que las leyes no han hecho excepcion alguna respeto de los depositarios entendidos y diligentes en sus negocios; luego por activo y esmerado que supongamos al depositario, no deberá ser responsable de la culpa leve que haya podido cometer en la custodia del depósito. A esto responderemos que al exigir al depositario la responsabilidad de una falta que no hubiera cometido en un negocio suyo, no nos separamos de la decision de aquellas leyes que dicen que el depositario *dolum tantum præstat*; porque siendo esta falta una infidelidad, segun hemos demostrado, viene comprendida bajo la palabra *dolum*, de que se sirven dichas leyes. Por mas que la falta cometida por ese depositario considerada *in abstracto* solo debiese tomarse como una culpa leve diferente del dolo, esa misma falta considerada *in concreto* en la persona de este depositario que no la habria cometido en sus propios negocios, deberá reputarse como verdadero dolo y no como culpa leve.

Es necesario confesar sin embargo que en la práctica no seria muy fácil entrar en discusion acerca del caracter del depositario, y que cuando la falta cometida por este en la custodia del depósito,

considerada *in abstracto* solo seria, una culpa leve, regular, y no una culpa lata, presúmese facilmente que el depositario cometeria por caracter otras iguales en sus propios negocios, y que por consiguiente al cometerla no faltó á la fidelidad que el depósito exige.

28. Celso trae como ejemplo de una culpa leve de que no es responsable el depositario, el caso en que habiendo recibido un depósito de un esclavo cuyo dueño ignorabas, hubieses devuelto esta cosa á una persona que se hubiese presentado á pedirla diciendo falsamente ser el dueño del que te la hubiese confiado, sin informarte de que esto era asi, *l.* 1, §. 32, *ff. depos.*

29. Otro ejemplo de una culpa de que no es responsable el depositario, ofrece el caso en que habiéndose pegado fuego en una casa en que dicho depositario tenia las cosas depositadas, no las hubiese retirado antes de llegar las llamas al lugar en que se encontraban, ya fuese por creer infundadamente que las llamas no alcanzarian á aquel lugar, ya porque la turbacion que el incendio debió causar en su ánimo, le hubiese impedido pensar en ello. Lo cual tendria sobre todo lugar, si en el mismo sitio en que se hallaban las cosas depositadas, hubiese otras del mismo depositario que tampoco quitó.

Pero si habiendo cuidado de quitar sus efectos, no hubiese hecho otro tanto con los depositados, á pesar de haber tenido tiempo para ello, podrá en este caso acusársele de no haber puesto en la conservacion del depósito el mismo cuidado que en sus cosas, lo cual es una infidelidad que le hará responsable de la pérdida de las cosas depositadas.

Si no hubiese tenido tiempo para salvar á la vez sus cosas y las depositadas, no deberia reputarse como un crimen la preferencia con que procuró salvar sus efectos antes que los depositados: no obstante si estos últimos fuesen de un precio muchísimo mayor que los suyos, y hubiesen podido salvarse con mayor, ó por lo menos con tanta facilidad como estos, no tendria excusa en haber preferido salvar estos, y no los que le habian sido confiados; solo que podrá exigir que el deponente le abone el valor de los suyos que hubiese tenido que sacrificar para salvar los del mismo deponente.

30. El principio que establece que el depositario no es responsable de la culpa leve, sufre muchas excepciones.

Es la primera cuando por pacto expreso se hubiese convenido lo contrario; *l.* 1, §. 6, *ff. depos.*

La segunda es cuando el depositario se ofreció espontaneamente á guardar el depósito, sin que se le pidiese este servicio. En este caso deberá el depositario poner en la custodia de la cosa todo el cuidado posible, porque yendo voluntariamente á ofrecer sus servicios, pudo ser causa de que el depósito no se confiara á otra persona mas entendida y diligente que él; *d. l.* 1, §. 35.

31. La tercera excepcion es cuando el depositario exigió retribucion por la custodia. Asi es que Ulpiano despues de haber dicho en la ley 5, §. 2, *ff. commod.*, *In deposito.... dolus præstatur solus*, añade en seguida, *nisi forte et merces accessit; tunc enim etiam culpa exhibetur.* La razon de esto es porque entonces no siendo el contrato gratuito, deja de ser un verdadero depósito, debiendo considerarse mas bien como una locacion-conduccion, segun manifestamos antes, n. 13. Siendo en tal caso un contratro de interes recíproco, segun la naturaleza de tales contratos, deberá prestarse la culpa leve.

Si el depositario no hubiese exigido la recompensa, sino que durante el depósito hubiese aceptado algunos regalos que le hubiese hecho el deponente; por mas que tales regalos hubiesen sido hechos en consideracion al depósito, no cambiarian la naturaleza del contrato, segun dejamos sentado en el n. 13; y por consiguiente el depositario solo seria responsable de la falta de fidelidad.

32. La cuarta excepcion es cuando el depósito solo se verificó por interés del depositario mismo y no por el del deponente, como ordinariamente sucede. En tal caso es evidente que el depositario deberá responder hasta de la culpa mas leve, de la propia suerte que el comodatario, segun el principio que dejamos establecido en el *Trat. de las oblig. n.* 142, Ulpiano en la ley 4, *ff. de reb. cred.* trae el siguiente

Ejemplo: Antonio me suplicó que le prestase una cantidad de dinero en caso que la necesitase á fin de comprar una heredad que deseaba obtener. En el acto de emprender yo un viage le entregué aquella cantidad para prestársela, si la necesitaba, debiendo entretanto conservarla en su poder como en depósito. Como este depósito solo tiene por objeto el hacer un favor á Antonio, deberá ser responsable hasta de la falta mas ligera.

Al final de esta ley dice Ulpiano: *Hoc depositum periculo est*

ejus qui suscepit: Estas palabras son equívocas, á veces significan que una cosa corre enteramente de cuenta y riesgo de alguno que hasta debe responder de los casos fortuitos; á veces significan únicamente que uno debe responder hasta de la culpa levísima. Yo creo que en este último sentido deben entenderse en la referida ley. Véase Avezan *de contráctibus*, *cap*. 27.

33. El depositario nunca es responsable de los casos fortuitos, á no ser que hubiese incurrido en mora de volver la cosa depositada. Despues de la mora será responsable de los casos fortuitos, si la pérdida ó menoscabo que sufrió la cosa depositada, no hubiesen debido tener lugar encontrándose ella al tiempo de la demanda en poder del que habia de haberla recibido ya; *l.* 12, §. 3, *l.* 14, §. 3, *ff. depos.* En esto no se diferencia el depositario de los demas deudores de un cuerpo cierto. V. *Trat. de las oblig. n.* 663 *y sig.*

COROLARIO SEGUNDO.

34. La fidelidad que el depositario debe emplear para la custodia de la cosa depositada, le obliga en segundo lugar á no servirse de ella, á no ser con consentimiento expreso ó presunto del deponente; porque las cosas que se le confiaron en depósito, solo se le dieron paraque las guardase.

El depositario que se sirve de las cosas depositadas sin el consentimiento al menos presunto del que se las confia, no solo viola la fidelidad del depósito, sino que se hace ademas culpable de *hurto*; *l.* 3, *cod. depos.*

Ese hurto no es en verdad de la cosa misma, sino del uso, pero aunque es diferente del de la cosa misma, no por esto deja de ser un verdadero hurto, segun se desprende de su definicion; *l.* 1, §. 3, *ff. de fur.* En efecto el uso de una cosa agena no nos pertenece como la misma cosa: pertenece á los bienes de otro, á que no podemos tocar: *abstine ab alieno.*

La cosa depositada está en manos del depositario, no como una cosa que está en su poder, sino como una cosa que se halla en poder de aquel que la depositó, á quien se reputa que prestó el sitio para guardarla. Asi es que el depositario se hace tan responsable de hurto cuando la quita de alli para servirse de ella, como lo seria el que se llevase furtivamente una cosa de la casa de su dueño aun-

que fuese con ánimo de devolverla despues de haberse servido de ella.

De estos principios deduce Saci en su *Traité de l. amitié*, que aun cuando el depositario necesitase el dinero que tiene en depósito para salvar la vida de un amigo íntimo, deberia mas bien dejarlo perecer que tocar al depósito sin permiso del deponente. Creo sin embargo que esta decision debe modificarse. Si el deponente se hallase ausente, y la necesidad fuese tan apremiante que faltase tiempo para pedir y recibir el permiso, y por otra parte puede el depositario esperar que tendrá recursos para devolver el dinero al deponente; podrá en tal caso el depositario valerse del dinero depositado; porque á falta de un consentimiento expreso, hay consentimiento presunto, ya que no es creible que el deponente dejase de consentir que su dinero se emplease para salvar la vida de un hombre.

35. Para que el depositario se haga culpable de *hurto* usando de las cosas que le fueron confiadas, preciso es que esto sea *invito domino*; lo cual no quiere decir que sea preciso que le haya sido prohibido todo uso; sino que bastará que no se haya consentido, porque la palabra *invitus* significa solamente *non volens*, segun la interpreta Ulpiano en la ley 48, §. 3, *ff. de furt.*

Pero cuando el depositario solo se sirve de las cosas á el confiadas con el consentimiento expreso ó presunto del deponente; no cometerá hurto, ni aun infidelidad en la custodia del depósito.

36. Para la presuncion del consentimiento no basta que el depositario se persuada que el deponente hubiese consentido en el uso que hace de las cosas depositadas, si se lo hubiese pedido; si no que es ademas necesario que haya un motivo justo para creer que el consentimiento habria sido acordado, como si la cosa confiada á su costodia le hubiese sido prestada por el deponente siempre que se la pidió.

Por grande que sea el motivo que tenga el depositario para creer que el deponente se halla dispuesto á permitir el uso de la cosa depositada, no deberá servirse de ella sin pedir antes este permiso, á no ser que no pueda comodamente hacerlo á causa, por ejemplo, de hallarse ausente el deponente. Mas si pudiendo pedir este permiso comodamente, no lo verifica, esto mismo es una prueba de que teme se le rehuse.

37. Segun cuales sean los usos de la cosa dada en depósito, de-

berá presumirse con mayor ó menor facilidad el consentimiento del deponente.

Ejemplos: Si las cosas dadas en depósito fuesen fungibles, como si se tratase de dinero, no será facil presumir el consentimiento del deponente para el uso que es la comsumcion de las cosas depositadas. Conviene no perder de vista que en tal caso el uso destruye el depósito convirtiéndolo en mutuo.

En cuanto á las cosas que si bien no se consumen, se deterioran sin embargo por el uso, como sucede en la lenceria, por ejemplo, habrá tambien dificultad en suponer que el deponente consiente en su uso.

Ese consentimiento podrá presumirse mas facilmente respeto de las cosas que no pueden deteriorarse con el uso. Asi es que si uno me hubiese dejado en depósito un perro de caza, podrá presumirse facilmente su consentimiento para que pueda yo servirme de él, puesto que este uso lejos de perjudicar al perro le es ventajoso por adiestrar y perfeccionar sus hábitos é instintos.

Si un literato por no tener en su casa lugar á propósito para guardar sus libros, los deposita en casa de un amigo, en este caso sobre todo deberá presumirse el consentimiento del deponente para que el depositario pueda servirse de la cosa depositada leyendo los libros; porque un buen literato debe presumirse que es amante de la ilustracion, y por consiguiente de que los demás y particularmente sus amigos se instruyan con la lectura de sus libros.

Sin este consentimiento presunto del deponente no podrá nunca el depositario valerse de las cosas que le fueron confiadas, y sobre todo si el depósito consistiese en dinero, no podrá emplearlo para sus negocios. La certidumbre moral que pretendiese tener este depositario para encontrar y restituir la cantidad depositada asi que le fuese pedida, no es una razon suficiente para disculparle del hurto que comete valiéndose de dicho dinero.

COROLARIO TERCERO.

38. La fidelidad con que el depositario debe custodiar el depósito, le obliga á no procurar si quiera saber las cosas que le fueron confiadas, cuando el deponente quiso tenerlas ocultas.

Exemplos: I. Si uno hubiese dado en depósito una arca cerrada, el depositario no podrá sin violar la fidelidad abrir esa arca para saber lo que contiene.

II. Si uno hubiese dado en depósito su testamento ú otros papeles bajo una carpeta cerrada; el depositario cometeria una infidelidad enorme, si rompiese la nema para enterarse de lo que contenia el pliego.

39. Cuando el que dá en depósito cosas que naturalmente se tienen ocultas, para dar un testimonio mas evidente de su confianza al depositario, le dá conocimiento de las cosas que le confia; la fidelidad le obliga á no comunicar á otro el secreto.

Ejemplo: Si uno me hubiese confiado su testamento abierto, podré sin dificultad alguna leerlo, porque se presume que me lo permite por el mero hecho de entregarme ese documento abierto; pero faltaria de una manera muy grosera, si lo diese á leer á otro; por manera que en tal caso hasta podria entablar contrá mí la accion de injurias, segun asi se establece expresamente en la ley **1**, §. 38, *ff. depos.*

De otra suerte seria si el depositario hubiese dado á leer el testamento con sana intencion, como para consultar á un letrado si habia en él alguna disposicion mal explicada que pudiese dar lugar á pleitos, á fin de advertírselo en todo caso al deponente para que lo remediase. Esa buena intencion del depositario le excusa, y hace que no cometa infidelidad, por mas que mejor hubiera hecho en no permitir la lectura del testamento á nadie, y en ni siquiera leerlo él mismo, á no ser que el deponente le hubiese rogado que lo hiciese para poder aconsejarle.

ARTICULO II.

DEL SEGUNDO OBJETO DE LA OBLIGACION DEL DEPOSITARIO, Ó SEA, DE LA RESTITUCION DEL DEPOSITO.

El segundo punto de los dos que encierra la obligacion del depositario, es la restitucion del depósito. Acerca de esta materia examinaremos que objetos comprende esta restitucion; á quien, donde y cuando debe hacerse, y porque causas podrá algunas veces demorarse.

§. I.

Que cosas comprende la restitucion del depósito.

40. El principal objeto de la restitucion del depósito son las cosas dadas á guardar.

El depositario debe restituir estas mismas cosas *in individuo*, aun cuando se tratase de una cantidad de dinero ó de otras cosas fungibles, porque en virtud del depósito no pudo siquiera tocar á ellas.

Asi es que si despues de verificado el depósito, la moneda hubiese recibido algun aumento ó disminucion en su valor, toda la ventaja ó perjuicio deberá ser del deponente; porque el depositario debe restituir las mismas monedas *in individuo* que recibió, á tenor de la factura ó estado que debió entregar al deponente.

Ejemplo: Si yo hubiese recibido en depósito la cantidad de cuatro cientos duros en veinte y cinco onzas de oro, deberé restituir estas mismas veinte y cinco onzas, cualquiera que sea el aumento ó disminucion que estas monedas hubiesen sufrido.

41. Sino hubiese factura, ¿á quien deberá creerse acerca de las monedas entregadas, al depositario ó al deponente? Esta cuestion podria tener lugar, si el aumento ó disminucion decretados recayesen sobre las monedas de oro y no en las de plata ó al contrario, ó bien sobre una especie de ellas no mas. No cabe duda que en tal caso deberia creerse al depositario, debiendo el deponente culparse á sí mismo en no haber exigido la factura, con lo cual se sugetó implícitamente al dicho del depositario. Por otra parte el deponente es el actor en una accion de depósito, y por lo mismo él es quien debe probar en que monedas consistia el depósito; *l.* 21, *ff. de prob.*; y no probándolo, es preciso atenerse à lo que diga el depositario que es el convenido, segun aquella regla de derecho: *favarabiliores rei potius quam actores habentur*; *l.* 15, *de reg. jur.*

42. El depositario cumple restituyendo la cosa que le fué confiada, en el estado en que se encuentra, por mas que se hubiese deteriorado. No obstante si el menoscabo proviniese de dolo ó de una de aquellas faltas de que es responsable (*V. n.* 26, *y sig.*), deberia abonar al deponente los daños y perjuicios que de este deterioro le resultasen.

43. El depositario únicamente deberá restituir la cosa, si la tiene en su poder. Si por algun caso fortuito la hubiese perdido, quedará libre de la obligacion de restituirla.

No obstante si hubiese dejado de tenerla por dolo, ó por una de aquellas faltas de que es responsable, no quedaria libre de dicha obligacion, y ya que no pudiese cumplir con ella, deberia satisfacer el precio de la cosa, y hasta, segun las circunstancias, podria condenársele al pago de los daños y perjuicios a favor del deponente, *Trat. de las oblig. part.* 1, *cap.* 2, *art.* 3, *y part.* 3, *n.* 661, *y* 662.

Un depositario que hubiese vendido de mala fé, la cosa que le fuera confiada, aun cuando despues la hubiese redimido para cumplir con el depósito, no quedará libre de su obligacion, y esto por mas que la pérdida de la cosa acaeciese en seguida, estando ya en su poder y sin su culpa; porque como dice Ulpiano, *l.* 1, §. 25, *ff. depos*, *Semel dolo fecit quum venderet.* Es decir que el depositario cometió un hurto con la venta, y la cosa será por esta causa viciosa, en cuyo caso sabido es que los vicios no se purgan hasta que la cosa vuelve á manos de su mismo dueño. Ahora bien es un principio de derecho que la cosa robada corre de cuenta y riesgo del ladron que se presume en perpetua mora de restituirla sin que deba distinguirse respeto de un ladron, si la pérdida de la cosa robada acaeció por culpa ó sin ella, ni si debiera haber perecido de la misma suerte estando en poder de su dueño: *Quod ita receptum odio furti*, segun dejamos explicado en el *Trat. de las oblig. n.* 664.

44. Por mas que el depositario no esté obligado á restituir la cosa que le fué confiada, cuando no la tiene, sin haber dejado de tenerla por dolo ó por una de las faltas de que debe responder; sin embargo si algo quedase de la cosa, eso deberá restituir.

Ejemplo: Si se hubiese dado á alguno en depósito un caballo, y este caballo hubiese muerto; el depositario quedará libre de la obligacion de restituirlo; pero no obstante deberá entregar al deponente el pellejo, las herraduras y la montura.

45. Si al depositario que por algun accidente de que no es responsable, ha dejado de tener en su poder los efectos que le fueron

dados en depósito, hubiesen recibido en compensacion alguna otra cosa, deberá entregar esta cosa al deponente.

Ejemplos I. Si un amigo al emprender un viage me hubiese dejado en depósito una gran cantidad de trigo, y en tiempo de grande escasez el gobierno me hubiese obligado á llevarlo al mercado público y venderlo; deberé entregar al que me lo confió, el dinero que produjo su venta. Este dinero ha reemplazado el trigo y debe reputarse que soy depositario de él en lugar de serlo del trigo.

II. Si el heredero del depositario ignorando la obligacion de su causante, hubiese vendido la cosa que este habia recibido en depósito en la creencia de que era del difunto; no estará obligado á restituir la cosa al deponente, pero si deberá entregarle la cantidad que por ella hubiese recibido, á no ser que dicho deponente prefiriese reivindicarla contra el comprador, en cuyo caso el precio deberia restituirse á este.

46. Como el heredero del depositario al vender de buena fé la cosa que ignoraba haber sido dada en depósito á su causante, no comete ningun dolo ni culpa; no deberá entregar el precio, sino en el caso de haberlo recibido. Si no lo hubiese recibido, no podria obligársele á mas que á ceder sus acciones, aun cuando el comprador fuese insolvente.

Por la misma razon aun cuando este mismo heredero hubiese vendido la cosa por menos de su valor, solo deberia entregar el precio que percibió. Asi nos lo enseñan los jurisconsultos romanos en la ley 1, §. *fin.* y en la ley 2, *ff. depos.*

47. Los frutos de la cosa depositada que hubiese percibido el depositario vienen tambien comprendidos en la restitucion, tanto si conserva en su poder la cosa depositada como si no; porque un depositario no debe reportar ninguna ganancia del depósito.

Ejemplo: Si se hubiesen dado en depósito algunas vacas, el depositario deberá abonar al deponente el precio de la leche que hubiese vendido, y las crias, previa deduccion de los gastos hechos en la manutencion y custodia.

El depositario mientras no se halla en mora de restituir la cosa, solo debe restituir los frutos percibidos, mas no los que pudo percibir y no percibió; empero el que incurrió en mora, deberá abonar todos los que pudo percibir, y no percibió. Este es un efecto

de la mora, segun los principios sentados en el *Trat. de las oblig.* n. 143.

48. Con mayoria de razon cuando el depósito consiste en una cantidad de dinero, el depositario, mientras no haya incurrido en mora de restituirlo, no deberá intereses algunos; porque no solo no los percibió, sino que ni aun pudo percibirlos, estándole prohibido tocar al depósito. Mas despues que incurrió en mora, deberá intereses; l. 2, *cod. depos.*

§. II.

A quien debe restituirse la cosa dada en depósito.

49. El depositario debe restituir la cosa que le fué dada en depósito, al deponente porque á favor de este contrae en virtud del contrato aquella obligacion.

No siempre el que verificó la tradicion de la cosa al depositario, es el mismo que se entiende habérsela dado en depósito; sino aquel en cuyo nombre se realizó el depósito, tanto si hizo la tradicion por sí mismo, como si se valió de otra persona; l. 1, §. 11, *ff. depos.*

Pero si alguno me hubiese entregado en depósito una cosa de otro, sin expresar que hacia el depósito en nombre del verdadero dueño, por mas que este le hubiese encargado que verificase el depósito; este se entenderá hecho por el que entregó la cosa, y solo él tendrá contra mi la accion *depositi* para hacérmela devolver; bien que el dueño podrá obligarle *mandati judicio* á que le ceda esta accion, d. §. 11.

50. Si alguno da una cosa en depósito en un nombre calificado, como de tutor, curador etc., la cosa solo deberá devolversele mientras conserve la calidad con que hizo el depósito.

Ejemplo: Si alguno verificó un depósito en su calidad de tutor de Diego, solo deberá devolvérsele la cosa depositada, mientras sigue siendo tutor: concluida la tutela la devolucion deberá hacerse no á él, sino al que salió de su tutela. De la propia suerte si alguno hubiese verificado un depósito en calidad de obrero de una porroquia, la restitucion deberá hacerse á él, mientras continue desempeñando este cargo; pero asi que haya dejado de obtenerle, se hará la restitucion á su sucesor.

51. El que dió una cosa en depósito no tiene necesidad de probar que es dueño de ella; basta que la haya depositado para que deba restituírsele aun cuando no fuese suya, y la hubiese robado; *l.* 1, §. 39, *ff. depos.*

Sin embargo si el depositario despues de haber recibido el depósito de buena fé, llegase á descubrir que la cosa fué robada, y supiese la persona á quien pertenecia; á este mas bien que al deponente deberia restituirla, para lo cual deberia advertir al verdadero dueño que la reclamase. Asi lo enseña Trifonino en la ley 31, §. 1, *ff. eod.*

En este caso la obligacion que tiene el depositario de restituir la cosa á aquel que se la entregó en depósito, debe ceder á otra obligacion mas fuerte que la ley natural impone al mismo depositario, de restituir la cosa á su verdadero dueño.

Es de observar que el depositario cumple con la justicia y con su deber respeto del dueño de la cosa con solo avisar á este que la cosa que le fué robada, se halla en su poder: no tiene obligacion de entregársela hasta que se lo mande el tribunal á instancias de aquel, en virtud de procedimientos en que haya tenido parte el que entregó la cosa en depósito, el cual en vista de la reivindicacion deberá ser emplazado á peticion del depositario. No fuera justo que este se expusiese á las resultas de un pleito restituyendo la cosa al dueño antes de hallarse disuelta la obligacion que tenia con el deponente, en virtud de una providencia judicial legítimamente dada.

Asi es que si el dueño de la cosa despreciase el aviso que le dió el depositario, y no la reclama prontamente, el depositario podrá restituirla al deponente, cuando se la pida: *quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ea restituenda sunt ei qui deposuit, quamvis male quœsita deposuit*: *d.* §. 1.

52. La cosa dada en depósito no deberá restituirse al que la dió sino en cuanto conserve su estado civil y continue en el goce de sus derechos. Asi es que si el que me entregó una cosa en depósito hubiese perdido su vida civil en virtud de una sentencia de muerte de que tengo noticia; no deberé hacerle á él la restitucion, sino al fisco, caso de ser confiscados los bienes ó á sus sucesores, segun la *d. l.* 31.

Si la persona que verificó el depósito, se puso despues bajo el poder marital, ó sufrió una interdiccion, no deberá restituírsele la cosa, á causa de haber perdido el uso de los derechos civiles con el matrimonio ó la interdiccion; sino que deberá hacerse á su marido ó curador, y la restitucion hecha á estos es lo mismo que hecha á la misma persona del deponente, porque la representan de una manera legítima.

53. Entiéndese que la restitucion se hizo al mismo deponente, cuando se verificó á otro por orden de este, segun aquella regla, *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset. l.* 18, *ff. de reg. jur.*

54. Muerto el deponente, se hará la restitucion á sus herederos. Si estos fuesen muchos, y la cosa depositada fuese susceptible de division, como si fuese una cantidad de dinero, deberá restituirse á cada heredero segun su cuota hereditaria.

Si ese dinero hubiese sido depositado en un talego, y uno de los herederos reclamase su parte, deberá el talego abrirse en presencia del Juez y escribano que levantará testimonio de aquel acto: despues de abierto el talego y contado el dinero, se entregará al heredero instante la parte que le corresponde, y el resto queda en poder del depositario, *l.* 31, §. 36, *ff. depos.*

Si la cosa depositada no admitiese division, no podrá restituirse la cosa á uno de los herederos sin el consentimiento de los demas. Sino conviniesen entre sí sobre quien debe recibir la cosa, ó bien no pareciesen; entonces deberá hacerse la restitucion á aquel ó aquellos que tuviesen en la herencia la principal parte, bajo caucion en que se comprometan á defender y sacar indemne al depositario de toda pretension por parte de los demas herederos; *l.* 14, *ff. eod.*

55. Si el deponente hubiese hecho un legado particular de la cosa depositada, ó bien un legado universal en que ella fuese comprendida; solo al legatario podrá verificarse la restitucion, despues que el depositario sepa formalmente la existencia del legado: antes que se le hubiese notificado, podria restituir la cosa á los herederos, á no ser que hubiese recaido auto de embargo.

§. III.

Donde debe restituirse el depósito.

56. Si en el contrato se hubiese convenido el lugar un que de-

beria hacerse la restitucion, en ese lugar deberia entregarse la cosa.

Sino estuviese alli, deberia trasladarse á aquel sitio á expensas del deponente: *l.* 12, *ff. eod.*

Esta decision es conforme con aquel principio de equidad, *officium suum nemini debet esse damnosum*. Como el depositario solo se encarga del depósito para hacer un favor al deponente, no permite la equidad que sufra por ello gastos ni perjuicio alguno.

Aun cuando el depósito se hubiese verificado en el mismo lugar en que se convino que deberia hacerse la restitucion, si el depositario por justos y fundados motivos hubiese trasladado á otro lugar la cosa depositada, los gastos que tuviesen que hacerse para volverla al mismo lugar, deberá satifacerlos el deponente.

57. Sino se hubiese convenido el lugar de la restitucion, deberá ella verificarse en el lugar en que se encuentre la cosa depositada, aun cuando este lugar fuese mas distante de aquel en que se verificó el depósito, con tal que la traslacion no se hubiese verificado por malicia, sino por un motivo justo, como por haber cambiado de domicilio el depositario; *d. l.* 12, §. 1.

§. IV.

Cuando deberá hacerse la restitucion del depósito, y por que causas podrá demorarse.

58. El depositario debe restituir las cosas que le fueron confiadas, al que se las confió, tan luego como se las pida.

Aun cuando se hubiese puesto en el contrato un tiempo determinado en que la restitucion debiese hacerse, podrá el deponente, si le parece bien, pedir el depósito antes del plazo señalado, sin que el depositario pueda por su parte resistir la entrega hasta dicho tiempo; porque como el depósito solo se hizo por interes y utilidad del deponente, y hallándose la cosa en poder del depositario por solo guardarla sin que pueda servirse de ella, no podrá alegar razon alguna para retenerla, y el tiempo prefijado en el contrato no se entenderá puesto á su favor, sino mas bien á favor del deponente. Esta es la doctrina de Ulpiano en la ley 1, §. 45, *ff. depos.*

Por la misma razon aun cuando en la escritura de depósito se hubiese dicho que Diego me daba en depósito una cosa paraque se la guardase hasta su vuelta de cierto viage; no podré rehusar la restitucion, aun antes de la vuelta del deponente, á cualquiera que se presente con un poder especial de este para reclamarla.

59. Esta obligacion de restituir el depósito asi que sea pedido, sufre algunas excepciones, puesto que hay ciertas causas que pueden demorar la restitucion.

1°. Cuando la cosa dada en depósito no se encuentra en el lugar en que se pide, y en que debe verificarse la restitucion, claro está que deberá otorgarse al depositario el tiempo suficiente para trasladarla allí.

2°. Si la cosa dada en depósito hubiese sido embargada en poder del depositorio por uno que pretende ser dueño de ella, ó por cualquiera que haya instado dicho embargo para asegurar el cobro de su crédito, no deberá el depositario restituir la cosa al deponente hasta que se haya levantado el embargo, y notificádosele debidamente. Poco importa que el embargo hubiese sido bien ó mal puesto, como que por mal puesto que fuese, no podria obligarse al depositario á restituir el depósito embargado, hasta que se le haya notificado el levantamiento del embargo.

3°. Si el depositario hubiese hecho algunos gastos para la conservacion de la cosa depositada, podrá retenerla hasta que se le hayan satisfecho estos gastos. Mas si por cualquier otro motivo acreditase algo del deponente; no podrá oponer la compensacion de ese crédito para evitar ó diferir la restitucion del depòsito. V. *Trat. de las oblig. n.* 589.

4°. Finalmente es evidente que si se presenta á pedir el depósito uno que se dice heredero del deponente, y cuya calidad no conoce el depositario, no podrá este ser obligado á la restitucion hasta que el demandante haya justificado su calidad de heredero.

ARTICULO III.

DE LA ACCION DEPOSITI DIRECTA.

---

60. De la obligacion que contrae el depositario cuyos dos extremos y objetos llevamos explicados en los artículos anteriores, nace la accion que se llama *depositi directa*, la cual es una accion

personal que compete al deponente contra el depositario para hacerse restituir la cosa depositada.

Por deponente se entiende el que fué parte contratante, y en nombre del cual se verificó el depósito, tanto si verificó la tradicion por sí mismo, como si la verificó otro en su nombre. V. *Sup. n.* 48.

61. El dueño de la cosa depositada cuando el depósito no se verificó en un nombre, no tendrá la referida accion porque no habiendo sido parte contraente, el depositario no contrajo á su favor la obligacion personal de restituir la cosa, de la que nace la accion: Este dueño únicamente podrá embargar la cosa en poder del depositario, y á consecuencia de la declaracion que este dê, de que tiene la cosa por título de depósito de algun otro, formular la accion *reivindicativa* contra ese deponente que la posee por medio del depositario.

Sin embargo si el que dió la cosa en depósito por mas que en su propio nombre, la dió para que fuese devuelta á su dueño; aun cuando en tal caso no tenga este la accion *depositi*, segun la sutileza del derecho, á causa de no haberse verificado el depósito en su nombre, las leyes no obstante le conceden una accion *depositi* que se llama *util* : *l.* 8, *cod. ad exhib*.

62. Siendo muchos los que dieron una cosa en depósito, si hubiese en el contrato un pacto de que se restituyese la cosa al que la pidiese, los deponentes serán todos *correi credendi*: cada uno de ellos podrá sin consentimiento de los demas intentar la accion *depositi*; y hecha la restitucion á uno de ellos, el depositario quedará libre para con los demas. Fuera del caso en que hubiese este pacto, ninguno de los deponentes podrá pedir la restitucion del depósito sin el consentimiento de los otros; y si el que instase no presentase testimonio de ese consentimiento, el juez deberá disponer que los demas sean emplazados en causa. Sin embargo si la cosa fuese divisible, como si se tratase de una cantidad de dinero, ó bien si no apareciendo la cosa depositada por mala fé del depositario la accion *depositi* debiese resolverse en una condena pecuniaria, cada uno de los que verificaron el depósito, podrá pedir su parte sin consentimiento ni intervencion de los demas.

63. Ya que la accion *depositi directa* nace, segun el principio sentado, de la obligacion personal que contrae el depositario para

con el deponente, síguese que ella solo tendrá lugar contra el depositario y sus herederos ó sucesores.

Sin embargo si yo hubiese dado una cosa en depósito á otro, y este la hubiese depositado á su vez en poder de un tercero, por mas que, segun el rigor del derecho, no tenga yo la accion de depósito contra este tercero, como que no contrató ni se obligó conmigo sino con mi depositario; no obstante *celeritate conjungendarum actionum*, para evitar el circuito de acciones, las leyes me conceden tambien una accion *util* contra el referido tercero; *Paulo, sent. lib.* 2, *tit.* 12, §. 8.

Fuera de este caso el que dió una cosa en depósito no tendrá la accion *depositi* contra los terceros á cuyas manos hubiese llegado la cosa depositada: solo podrá siendo dueño de la cosa reivindicarla contra el que la poseyese.

64. Cuando se da una cosa en depósito á dos depositarios que se obligan juntos á custodiarla; si dejase de devolverse la cosa por dolo de uno y otro, ó por una de esas faltas de que son responsables los depositarios, el deponente podrá entablar la accion *depositi* contra cualquier de los dos *in solidum*. Pero si tal pérdida acaeciese por solo el dolo de uno de ellos, el deponente solo podria dirigirse contra el culpable, quedando libre el otro depositario que no participó del dolo; *l.* 1, §. 43, *ff. depos*. Lo cual debe entenderse, á no ser que aparezca que al constituirse depositarios, se constituyeron tambien fiadores uno de otro, en cuyo caso el que no participó del dolo de su condepositario, seria asimismo responsable á causa de la fianza.

65. Cuando el depositario deja muchos herederos, si el depósito no puede restituirse por dolo del difunto ó por una de aquellas faltas de que son responsables los depositarios la accion de depósito podrá únicamente entablarse contra los herederos en proporcion á la cuota hereditaria de cada uno. Mas si no pudiese verificarse la restitucion por dolo de uno de los herederos, la accion podrá dirigirse por entero contra el heredero culpable, aun cuando sea solo parcial; y los demas herederos que no tuvieron parte en el dolo, no serán responsables de la pérdida acaecida; *l.* 9, *l.* 10, *ff. eod.*

Esto está conforme con los principios sentados en el *Trat. de las oblig. n.* 304 *y* 305.

Si uno de los herederos en cuyo poder se encuentra la cosa de-

positada, se negase á restituirla al deponente que se la pide, alegando por única causa la ausencia de sus coherederos; este pretexto no sería admisible, por cuanto los coherederos ausentes no pueden tener interés alguno en impedir la restitucion; y siendo por lo mismo esta negativa contraria á la buena fé y un dolo por parte del renitente, el deponente podrá entablar contra él solo la accion de depósito. Asi lo decide la ley 3, §. 3 *ff. commod.*, respeto del comodato, muy semejante en este punto al depósito. *V. Trat. de las oblig. n.* 303.

Si la restitucion no puede verificarse por dolo de todos los herederos del depositario, la accion de depósito podrá dirijirse solidariamente contra cada uno de ellos: *Trat de las oblig. n.* 306 y *l.* 22, *ff. depos.* Sobre esta ley Antonio Faber *lib. ration. ad. d. l.* observa muy fundadamente que la última claúsula, *nec tamen absurde etc.* es una mala glosa añadida, que deberia quitarse como contraria á los principios de derecho y á la verdadera opinion de Marcelo autor de aquella ley.

66. Por lo que hace al objeto de la accion *depositi directa*, véanse los dos artículos anteriores.

67. A esta accion pueden oponerse muchas excepciones dilatorias, fundadas en muchas causas en virtud de las cuales hemos visto ya, n. 58, que la restitucion del depósito puede diferirse.

Puede asimismo el depositario presentar una excepcion perentoria, cuando ofrece justificar que es dueño de la cosa depositada, y que por consiguiente no puede subsistir el depósito, *supra n.* 4. Mas paraque esta excepcion le sea admitida, es preciso que se halle en disposicion de probar pronta y sumariamente su derecho de dominio, pues de otra suerte la presuncion está en favor del deponente que se reputa poseedor por medio del depositario; por lo cual este deberá ser condenado provisionalmente á devolver la cosa salvándole el derecho de acudir contra aquel por medio de la accion vindicativa; Brunneman *ad. l.* 21, *cod. depos.*

68. En cuanto á la prescripcion que es otra de las excepciones perentorias, por largo que sea el transcurso del tiempo no podrán oponerla ni el depositario ni sus herederos, mientras la cosa depositada se encuentre en su poder. Fúndase esto en que habiendo el depositario empezado á tener la cosa por título de depósito, se entiende que siempre la tiene por este título, mientras no demuestre haber adquirido otro. Asi resulta de aquel principio de

derecho: *Neminem sibi ipsi causam possessionis mutare posse*; *l.* 3, §. 19, *ff. de acqr. poss. l.* 2, §. 1, *ff. pro hæred.* y otras.

Asi mismo los herederos del depositario *qui in omne jus ipsius succedunt*, como le suceden en su obligacion, se entiende que tienen la cosa lo mismo que el difunto por título de depósito. Ahora bien como este título encierra esencialmente la obligacion de restituir la cosa siempre que el deponente la pida, síguese que en todo tiempo deberán cumplir con esta obligacion sin que la prescripcion les aproveche nunca.

Como solo la calidad de detentor por título de depósito es lo que se opone á que tenga lugar la prescripcion contra la demanda de restitucion de depósito, si el depositario no fuese tal detentor por no tener en su poder la cosa depositada, nada impedirá que pueda oponer la prescripcion á la accion de depósito, no para evitar la restitucion que de todos modos no puede verificar por no tener la cosa, sino paaa evadir los demas efectos de aquella accion.

SECCION II.

DE LAS OBLIGACIONES DEL DEPONENTE Y DE LA ACCION DEPOSITI CONTRARIA QUE DE ELLAS NACEN.



69. El que da una cosa en depósito contrae por su parte á favor del depositario la obligacion de pagarle los adelantos que tuviese que hacer para la conservacion de la cosa depositada, y de indemnizarle por punto general todos los gastos que el depósito le acarrease.

Ejemplo: Si se diesen en depósito algunas cubas de vino, el deponente deberá pagar al depositario los gastos que hubiese tenido que hacer para trasportar el vino á sus bodegas y para conservar las cubas en buen estado. Asi mismo en el depósito de un caballo ó de otro animal el deponente deberá satisfacer al depositario los gastos de manutencion, y los de albeitar y medicinas, si hubiese estado enfermo.

70. Tambien el deponente está obligado, segun hemos dicho, á indemnizar al depositario todos los gastos que el depósito le ocasionase.

Ejemplo: Si en nuestras colonias se hubiese dado en depósito

un negro, y este rompiese las arcas del depositario, y le robase el dinero que en ellas habia, y se hubiese escapado: la pérdida que por este robo sufre el depositario, es ocasionada por el depósito, y por consiguiente el deponente deberá indemnizársela; *l.* 61, §. 5, *ff. de furt.*

El depositario podrá únicamente pretender esa indemnizacion en el caso en que no hubiese cometido por su parte culpa alguna que hubiese podido dar lugar á la pérdida sufrida, porque si en ella tuviese alguna culpa, injusto fuera que pretendiese ser indemnizado. Asi lo enseña Africano en la ley antes citada, §. 7.

71. Pudiéramos citar como ejemplo del principio sentado el caso en que hallándose las cosas depositadas junto con otros efectos del depositario en una casa incendiada, dicho depositario hubiese sacrificado sus efectos dejándolos perecer entre las llamas para salvar los depositados que eran mas preciosos que los suyos, y que no podian salvarse sin abandonar estos por no tener tiempo de salvarlos todos. En tal caso la pérdida que sufre el depositario de sus efectos que hubiera podido salvar, si no hubiese preferido salvar los que tenia en depósito, es una de aquellas pérdidas que debe indemnizarle el deponente; porque no solo ha sido ocasionada por el depósito, como en la especie anterior, si no que la ha sufrido directamente para conservar los efectos que le fueron confiados, y que no podia salvar por otro medio.

72. Esta obligacion del deponente se llama *obligatio depositi contraria*, á diferencia de la del depositario que se llama *obligatio depositi directa*; lo cual se funda en que la obligacion del depositario es la principal que produce el contrato, cuando la del deponente solo es incidental, sin la que puede subsirtir el depósito, y subsiste en efecto siempre que no acarrea gasto alguno al depositario.

73. Si la cosa depositada fuese fructífera, el depositario no podrá pretender la indemnizacion de sus gastos sin traer á colacion los frutos percibidos, porque de ellos no puede aprovecharse por ningun estilo.

74. De la obligacion *depositi contraria* que contrae el deponente, nace la accion *depositi contraria* que es una accion personal que compete al depositario contra el deponente para exigir la indemnizacion de los gastos y demas pérdidas que le hubiese ocasionado el depósito.

Para esta indemnizacion tiene el depositario un privilegio ó derecho preferente sobre las cosas depositadas, mientras las tiene en su poder, y puede retenerlas hasta haber sido indemnizado, segun vimos antes, *n.* 58. Pero si las hubiese restituido antes de haber sido indemnizado, perderia el privilegio conservando no obstante su crédito.

CAPITULO III.

DE VARIAS ESPECIES PARTICULARES DE DEPOSITO.



§. I.

Del depósito necesario.

75. Llámase *depósito necesario* el que se verifica en caso de necesidad ó de un accidente inprevisto, como de un incendio, de una ruina ó saqueo de una casa, de un naufragio ó de un tumulto.

El que para salvar sus efectos del incendio ó de la ruina de una casa ó del naufragio ó del pillage, los confia al primero que se le presenta, celebra con el esta especie de depósito que se llama necesario, porque da lugar á él una necesidad apremiante é inprevista: llámase tambien este depósito *miserable*, *depositum miserabile*, porque lo ocasiona una desgracia imprevista.

Esta especie de depósito es un verdadero contrato de depósito, y todo cuanto hemos dicho en este tratado acerca de las obligaciones y acciones que de este contrato nacen, puede aplicarse á esta como á las demas especies de depósito.

76. La sola circunstancia peculiar al depósito miserable, segun el derecho romano, era que la infidelidad del depositario que no restituia el depósito, era castigada con la pena del doble valor de las cosas dadas en depósito, porque la desgracia del deponente hace mas criminal y culpable la perficia del depositario. (1)

(1) *Nuestra* ley 8, tit. 3, part. 5, sanciona la misma pena que las leyes romanas contra el que falta á la fidelidad en un depósito miserable. *N. de los edit.*

§. II.

Del depósito en las hosterías.

77. Este depósito es el que hace un viagero en la casa de un mesonero donde va á hospedarse, de ciertos efectos durante el tiempo de su estancia en dicha casa.

Este contrato se separa del depósito ordinario en que el mesonero no se encarga del depósito por un oficio de amistad, como en los demas depósitos, sino á consecuencia de su profesion, y en consideracion á la ganancia que le dejan los viageros que se hospedan en su casa.

Aunque por este depósito separadamente no reciba retribucion alguna; sin embargo como es una consecuencia del contrato principal que interviene entre el posadero y el viajero, para hospedar á este y facilitarle todo lo necesario, y ese contrato es de interes recíproco; puede considerarse dicho depósito como una consecuencia de aquel contrato, y por lo tanto como un depósito *in quo vertitur utriusque contrahendis utilitas*, y que obliga por lo mismo al posadero depositario á responder de la culpa leve. Asi lo enseña Gayo en la ley 5, *ff. nautæ, caupones*, etc. Dice en esta ley que *nauta, caupo et stabularius custodiæ nomine tenentur*; con cuyas palabras quiere significar que estas personas deben poner en la guarda de los efectos que les fueron confiados, no solo la buena fé, como en los depósitos ordinarios, sino el mayor cuidado, y que por consiguiente son responsables de la culpa leve.

78. Segun estos principios, si las cosas dadas en depósito por un viagero á su huesped hubiesen sido robadas en el meson, aun cuando no lo hubiesen sido por los dependientes de él, sino por los concurrentes, ó por otros viageros hospedados en el mismo; el posadero deberá responder de la pérdida de estas cosas, porque se presume que el robo se verificó por falta de cuidado del mismo posadero, á no ser que justifique que se verificó el robo por un accidente de fuerza mayor; *l.* 2, §. *fin*; *l.* 3, *ff. nautæ, caup.*

Lo mismo deberia decirse si las cosas depositadas en una posada hubiesen sufrido algun menoscabo: pues de este será responsable el posadero, cualquiera que fuese la persona que hubiese causado el daño, porque se presume haberse verificado por falta de cuidado del posadero, á no ser que justificase que el daño acaeció por una fuerza que no estuvo en su mano evitar; *l.* 5; §. 1, *ff. eod.*

79. Es de notar que no se entiende haber intervenido este depósito por el solo hecho de haber traido el viagero sus efectos al meson á vista y ciencia del posadero, sino se los hubiese dado expresamente á guardar. Por lo cual si los efectos que el viagero tenia en la posada sin este último requisito, le hubiesen sido robados por los entrantes y salientes ó por otros viageros que viven en la posada, el posadero no será responsable de esa pérdida. Mas si el robo hubiese sido cometido, ó el daño causado por los criados de la posada, ó por los que viven alli á pupilo; entonces seria responsable el posadero de la pérdida ó daño causado, aun cuando las cosas no le hubiesen sido entregadas en depósito; porque solo debe tener criados y pensionistas cuya fidelidad conozca, cuando por el contrario ninguna obligacion tiene de conocer á los viageros que se hospedan de paso en su casa: *Caupo præstat factum eorum qui in ea caupona hujus cauponæ exercendæ causa ibi sunt ita eorum qui habitandi causa ibi sunt, viatorum autem factum non præstat; namque viatorem sibi eligere caupo non videtur, nec repellere potest iter agentes, inhabitatores vero perpetuos ipse quodammodo elegit qui non rejecit; eorum factum oportet eum præstare*; *l.* 1, §. *fin. furt. adv. naut.*

Cuando se ignora quien efectuó el robo ó causó el daño, el posadero á quien no se entregaron en depósito las cosas robadas ó deterioradas, no tendrá responsabilidad alguna; para que esta tenga lugar el viagero debe probar quienes fueron los concurrentes al meson que verificaron el robo ó causaron el daño.

80. El posadero no debe responder de los efectos que los viageros no confiaron á su custodia: pero se reputa que se los confiaron no solo cuando se los entregaron á él mismo, sino tambien cuando los entregaron á una persona encargada por él para recibirlos. En cuanto á los depósitos hechos á un criado de la posada que no está encargado de recibirlos, no obligan al posadero; *l.* 1, §. 5, *ff. eod.*

Los mozos de cuadra deben reputarse encargados por los posaderos para recibir á su custodia los caballos y equipages de los viageros.

81. Otra circunstancia especial de esta clase de depósitos es que

se admite en ellos la prueba testimonial que por derecho frances en los demas contratos es rechazada tratándose de cosa de un valor mayor de cien francos.

§. III.

Del depósito irregular.

82. El depósito irregular es un contrato por el cual una persona que tiene una cantidad de dinero que cree poco segura en su poder, la confia á un amigo bajo la obligacion de devolvérsela no en las mismas monedas, sino una cantidad igual.

Este depósito se diferencia del verdadero en muchas cosas. En el depósito verdadero el que confió á alguno una cantidad en monedas de oro ó plata, continua siendo dueño y aun posesor de esas mismas monedas, y el depositario solo las detetenta en nombre del que se las confió; por manera que no puede servirse de ellas, y debe devolverlas *in individuo*. Por el contrario en el depósito irregular el que dá en depósito una cantidad de dinero con pacto de que el depositario le devuelva no precisamente las mismas monedas sino una cantidad igual, se entiende convenir tácitamente en transferir al depositario el dominio de las monedas entregadas para que este pueda servirse de ellas como mejor le parezca, constituyéndose él únicamente acreedor de una cantidad igual. El depositario por su parte toma de su cuenta y riesgo dichas monedas, y se constituye deudor no de la restitucion de ellas *in individuo* sino de una cantidad igual á la que recibió.

En la locacion-conduccion tambien se distinguen dos especies de ella, regular é irregular, respeto de las cuales se observan las mismas diferencias que acabamos de consignar, y en cuanto á esto son iguales los dos contratos. Asi lo enseña Alfeno en la famosa ley *In navem Saufeii*. 31, *ff. locat.*

83. El depósito irregular se parece mucho al mutuo. Por aquel contrato se transfiere el dominio al depositario lo mismo que por el mutuo se transfiere al mutuatario; y el depositario, lo mismo que el mutuatario, se obliga á devolver no las mismas especies *in individuo*, sino una cantidad igual á la recibida: por consiguiente las monedas, *ipsa nummorum corpora*, corren de su cuenta y riesgo, lo mismo que en el mutuo corren de cuenta del mutuatario; y

aun cuando aquel lo mismo que este llegasen á perder las monedas recibidas por algun accidente de fuerza mayor, no por esto dejan de estar obligados el uno lo mismo que el otro á la restitucion de una cantidad igual á la recibida.

La única diferencia que hay entre estos dos contratos dimana del diferente objeto que se propusieron los contraentes. El mutuo se realiza únicamente á favor del mutuatario que necesita el dinero que le presta el mutuante solo para hacerle un favor. Por el contrario el depósito irregular se verifica principalmente en favor del que dá su dinero á guardar por el temor de tenerlo poco seguro en su poder. Ningun interes tiene en el contrato el depositario que no pide ese dinero, y podria pasarse muy bien sin él; solo *ex accidenti* se permite al depositario el servirse del dinero que se le confió, hasta que le sea pedido, porque con tal que el deponente esté seguro de que ha de restituírsele el dinero cuando lo pida, le es de todo punto indiferente que mientras tanto se sirva de él el depositario, ó bien que esté guardado.

De esa diferencia nacian por derecho romano diferentes efectos. El mutuatario no debia pagar intereses ni *ex mora* ni *ex nudo pacto*, siendo preciso que interviniese una estipulacion formal para ello. Por el contrario en el depósito irregular el depositario debia pagar intereses *ex nudo pacto*, y *ex mora*; *l.* 24, *ff. depos.*

Estas diferencias no tienen lugar en nuestro derecho. No pueden estipularse intereses ni en uno ni en otro contrato, y en uno y otro se devengan intereses *ex mora*, es decir, desde el dia de la demanda judicial, por esto el mutuo y el depósito irregular solo son diferenciados en la teoria, mas en la práctica los dos contratos producen los mismos efectos.

Sin embargo podríase todavia señalar una diferencia entre uno y otro, y es que en el mutuo no podria el mutuante presentarse á exigir el pago de la cantidad prestada al dia despues ó á los pocos dias de celebrado el contrato, como que esta demanda precipitada seria contraria al fin del mutuo, pues el mutuatario no podria acudir con el dinero prestado á sus necesidades, sino se le dejase el tiempo suficiente para ello. Por el contrario en el depósito irregular el deponente puede reclamar inmediatamente el dinero: porque es de la naturaleza del depósito que sea devuelto tan luego como se pida. El contrato solo se hizo en favor del que dió á guardar el dinero; el fin principal del contrato no es otorgar al de-

positario la facultad de servirse de este dinero ; pues esto solo se le permite *ex accidenti* , de manera sin embrrgo que á pesar de esto se halle siempre dispuesto á devolver la cantidad cuando se le pida.

CAPITULO IV.

DEL SECUESTRO Y DE LOS DEPÓSITOS JUDICIALES.



84. El secuestro es una especie de depósito por el cual dos ó mas personas que litigan sobre una cosa, la confian á un tercero, quien se obliga á entregarla, luego de terminado el pleito , á aquel al cual decida el juez que haya de devolverse.

La palabra secuestro no solo se toma por el contrato mismo, sino tambien por la persona á quien se encargó la custodia de la cosa, *sequester...dictus ab eo quod occurrenti aut quasi sequenti eos qui contendunt committitur*. *l.* 10, *ff. de verb. sign.*

Hay dos especies de secuestro, *convencional y judicial*: secuestro convencional es el depósito que hacen las partes de la cosa contenciosa á un tercero, por su propio consentimiento sin mandato del juez. De esta especie de secuestro hablaremos en el primer artículo. Secuestro judicial es el que decreta el juez : de este trataremos en el párrafo segundo del artículo siguiente.

ARTICULO I.

DEL SECUESTRO CONVENCIONAL.

---

85. Por mas que el secuestro convencional sea una especie de contrato de depósito, se diferencia no obstante en muchos puntos del depósito ordinario.

La principal diferencia consiste en que el depósito ordinario se verifica entre dos partes, á saber, el deponente y el depositario ; y cuando muchas personas depositan juntamente una cosa comun, todas juntas no hacen mas que una parte , y cada una de ellas no deposita sino por la parte que le corresponde. El secuestro por el contrario solo puede contratarse por tres partes al menos; por-

que ademas del depositario es preciso que intervengan á lo menos dos deponentes, los cuales teniendo cada uno por su parte intereses opuestos, forman partes diferentes , y cada uno es deponente por la totalidad de una cosa que pretende pertenecerle en su totalidad; *l.* 17, *ff. depos.*

Cuando el litigio sobre la cosa secuestrada versa entre mas de dos personas , habrá en el secuestro á mas del depositario tantas partes, cuantos sean los litigantes que consintieron en el depósito.

86. La segunda diferencia entre el secuestro y el depósito ordinario consiste en que por este solo se confia al depositario la custodia de la cosa, sin transferirle la posesion que conserva el deponente en cuyo nombre la detenta el depositario; y por el contrario en el secuestro algunas veces pasa la posesion de la cosa secuestrada al secuestro, lo cual acontece cuando está es la intencion de las partes, en el caso en que el litigio versa acerca de la posesion de la cosa secuestrada, *d. l.* 17 §. 1.

87. La tercera diferencia que dimana de la anterior, es que, segun la opinion comun que nosotros hemos seguido , el depósito ordinario solo puede consistir en cosas muebles, en lugar de que pueden secuestrarse los bienes raices.

88. La cuarta diferencia consiste en que por el depósito ordinario debe el depositario restituir la cosa al que se la confió, asi que este se la pida ; cuando en el secuestro no debe devolverse hasta despues de terminado el pleito que lo motivó , y la restitucion debe hacerse solamente al que decretare el juez que debia ser devuelta la cosa. Antes de esto no podrá el secuestro desentenderse de su cargo sin un motivo relevante; *l.* 5, §. 2 , *ff. eod.*

Cuando el secuestro tiene un motivo justo para desentenderse del depósito , como si padeciese una enfermedad habitual que le hubiese sobrevenido posteriormente, ó tuviese que emprender un largo viage , ó cualquier otro motivo semejante , podrá hacer entrega de la cosa á la persona que designen las partes que la sucuestraron ; sino pudiesen avenirse en cuanto á este nombramiento , deberá aquel emplazarlas ante el juez, á fin de que le designen un sucesor para poder entregar la cosa.

89. Aparte de las diferencias que acabamos de notar , el contrato de secuestro cuando es gratuito, es del todo semejante al depósito ordinario. El secuestro contrae por él respeto del cuidado que debe poner en la cosa secuestrada y de la restitucion que de-

be verificar, las mismas obligaciones que el depositario en el depósito ordinario.

De la propia suerte en este contrato las partes deponentes contraen á favor del secuestro las mismas obligaciones que contrae el deponente para con el depositario ordinario. En cuanto á la indemnizacion de los gastos hechos en la cosa depositada, siendo cada una de las partes colitigantes deponente por la totalidad, segun vimos antes, n. 84, síguese que cada una de ellas estará sólidariámente obligada para con el secuestro á esta indemnizacion por razon de la cual tendrá este el derecho de retener la cosa secuestrada hasta hallarse satisfecho.

90. Si el contrato de secuestro no fuese gratuito, y por él se otorgase al depositario alguna recompensa por razon del cuidado que debe poner en la cosa secuestrada; el contrato se parecerá mas á la locacion-conduccion que al depósito, y el depositario deberá responder lo mismo que el conductor de la culpa leve.

ARTICULO II.

DE LOS DEPOSITOS JUDICIALES.

Hay muchas especíes de depósitos judiciales; 1°. el depósito de muebles embargados, cuando se decreta un embargo; 2°. el secuestro que decreta el juez, 3°. el depósito que permite el juez hacer á un deudor de la cosa que debe, por no querer recibirla el acreedor; 4°. los depósitos que se hacen en poder de los receptores de consignaciones. Cada una de las tres primeras especies ocupará un párrafo: la cuarta será tratada en un artículo separado.

§. I.

Del depósito de muebles embargados.

91. El nombramiento de un guarda para los efectos embargados que tiene lugar en un embargo ó ejecucion de muebles, es una especie de depósito judicial, porque el guarda recibe como de manos del tribunal los efectos embargados que se le confian, ya que el embargo pone dichos efectos bajo el poder del tribunal.

Hé dicho que el nombramiento de un guarda para los efectos embargados era una *especie* de depósito, porque ese nombramiento no encierra en rigor un contrato de depósito, como que este no es gratuito, y el guarda debe ser pagado por su trabajo. Por este mas bien pudiera decirse que constituye una locacion-conduccion.

92. Este depósito se verifica en nombre de la ley por medio de los dependientes del tribunal á instancia del que pide el embargo. Por lo mismo este es parte contraente, y á su favor contrae el guarda ó depositario la obligacion de cuidar la cosa como buen padre de familias, y de restituirla ó bien para ser vendida, si la ejecucion sigue adelante, ó para entregarla al ejecutado en caso de decretarse el alzamiento del embargo. El que insta el embargo se obliga por su parte á pagar al guarda el salario correspondiente y la indemnizacion por los gastos que hubiese anticipado.

Todas estas obligaciones tienen únicamente lugar entre el que insta el embargo y el guarda; y si aquel cuyos bienes fueron embargados en caso de levantarse el embargo puede dirigirse al guarda paraque presente los efectos embargados, y para exigir el pago de los daños y perjuicios resultantes de su pérdida ó menoscabo, esto es solo indirectamente y *celeritate conjungendarum actionum*, porque ese depositario está obligado á sacar indemne y libre al que instó el embargo, de la obligacion que con respeto á aquellos extremos contrae para con el que sufrió el embargo.

93. El guarda solo tiene *nudam custodiam* de los efectos embargados, pues solo priva á aquel cuyos son, de la detentacion de los mismos, ya que no pierde lo posesion.

94. Por nuestro derecho francés no pueden los porteros y alguaciles de los tribunales poner por guarda de los efectos embargados á sus parientes hasta primos hermanos inclusive, ni á la muger ó hijos del que sufre el embargo.

95. Si el que sufre el embargo á fin de evitar los gastos de custodia presenta un depositario que acepta el que insta el embargo, entre estos dos y el depositario se forma un contrato de depósito ó de secuestro, por el cual aquellos encargan á este la custodia de los efectos embargados, y el depositario se obliga para con el que insta el embargo á presentar los efectos para ser vendidos, si sigue adelante la ejecucion, y para con el que sufre el embargo á devolverle dichos efectos, si dicho embargo se levantase. Asi es que

en este último caso el que sufrió el embargo, si este fuese levantado, tiene unicamente por deudor á su depositario para obligarle directamente á la restitucion de los efectos embargados y á la indemnizacion por la pérdida ó menoscabo que ellos hubiesen sufrido. Nunca podrá dirijirse, como en el primer caso, contra el que instó el embargo; porque no habiendo designado este el depositario, sino él mismo, no podrá hacerle responsable de los daños sufridos.

96. Diferenciase este contrato del anterior en que el depósito no es gratuito, como que el guarda cobra un salario; y por el contrario en el último caso como el depositario se encarga gratuitamente de la custodia de los efectos embargados, media un verdadero contrato de depósito; no un depósito simple sino un depósito-secuestro.

97. Falta observar que el depositario ó guarda establecido para la custodia de los efectos embargados, lo mismo que todos los depositarios judiciales, están sujetos al encarcelamiento por la presentacion de los efectos embargados.

§. II.

Del secuestro judicial.

98. El secuestro judicial es el que ordena el juez; lo cual sucede en muchos casos.

Si las partes se disputan no solo el dominio sino tambien la posesion de una cosa, sin que ninguna de ellas pueda justificar que está en posesion, el juez decreta el secuestro hasta resuelto el pleito sobre el dominio.

Decrétase tambien á veces el secuestro de los efectos de una herencia, cuando las contestaciones que median entre los herederos, se calcula que han de retardar por mucho tiempo la liquidacion. En estos y otros casos cuando el juez ordena que las cosas sean secuestradas, apercibiendo á las partes que sino convienen en el nombramiento de un secuestro, lo nombrará de oficio; entonces si las partes convienen en dicho nombramiento y el jues lo ratifica, este secuestro judicial en nada se diferencia del otro convencional y extrajudicial, solo que la autoridad del juez que interviene en aquel contrato, hace mas estrecha la responsabilidad del secuestro, quien estará sujeto al encarcelamiento por lo que mira á la presentacion de los efectos secuestrados. Por lo demas todo cuanto llevamos dicho del secuestro convencional extrajudicial, puede aplicarse al que es objeto de este párrafo.

Cuando las partes no pueden convenir en el nombramiento de secuestro, y el juez tiene que nombrarlo de oficio no hay en rigor un contrato de secuestro pues no hay contrato sin el consentimiento de las partes, pero, si, hay un cuasi-contrato que produce entre el secuestro y los litigantes las mismas obligaciones repectivas que el secuestro convencional.

§. III.

Del depósito de cosas debidas ordenado ó confirmado por el juez.

99. El depósito que hace un deudor, autorizado por el tribunal, de la cantidad ó cosa que debe, por no querer recibirla el acreedor, es asimismo una espacie de depósito judicial; y lo es tanto si precedió la autorizacion del juez, como si el deudor despues de haber requerido formalmente al acreedor, verifica este depósito en poder de la persona, en el dia y lugar señalados en el requirimiento, donde se intimó al acreedor que debia encontrarse, y á consecuencia de todo esto se ha declarado firme y válido dicho depósito por un decreto judicial dado despues de emplazado el acreedor.

Puede un deudor depositar previa autorizacion del juez la cantidad que debe, no solo en caso de negarse el acreedor á recibirla, sino tambien siempre y cuando quiere y puede en derecho librarse de su deuda, y media algun obstáculo para pagar á su acreedor; como si se hubiese embargado la cantidad en su poder. En este caso el deudor que quiere tener quitamiento, puede depositar lo que debe, en virtud de un auto que asi se lo permita dado despues de emplazados el acreedor y sus ejecutores.

Ese depósito solo libra al deudor respeto de aquellas personas que intervinieron en las diligencias judiciales de autorizacion, ó que emplazadas debidamente incurrieron en rebeldia.

Este depósito hecho por autorizacion del juez se llama *consignacion*, y de él hemos hablado en el *Trat. de las oblig. par.* 3, *cap.* 1, *art.* 8, á que nos referimos.

ARTICULO III.

DE LOS DEPOSITOS QUE SE VERIFICAN EN PODER DE LOS RECEPTORES DE CONSIGNACIONES.

---

100. En muchos tribunales hay un receptor de consignaciones, que es un empleado público establecido para hacerse cargo del precio de los bienes que se venden por decreto judicial.

Acerca de estos depósitos trataremos sumariamente de su naturaleza, de sus efectos y de las obligaciones del que lo recibe.

§. I.

De la naturaleza de estas consignaciones

101. La consignacion que verifican los adjudicatarios de bienes vendidos por decreto judicial, del precio de los bienes comprados en poder del receptor de consignaciones, es una especie de depósito judicial.

Es una especie de depósito, porque de la propia suerte que en el depósito ordinario el depositario se encarga de la custodia de las cosas que se le confian, obligándose á devolverlas al deponente ó á quien él disponga, asi tambien en virtud de esta consignacion el receptor se encarga de la custodia del precio consignado, y se obliga á entregarlo á aquellos acreedores á quienes se autorice para recibirlo, segun el orden preferente de sus créditos.

102. Sin embargo este depósito se diferencia mucho de los depósitos ordinarios. El depósito ordinario encierra un oficio de amistad que el depositario presta al deponente, encargándose gratuitamente y solo para hacerle un favor de la custodia de las cosas que le confia. Por el contrario la consignacion de que hablamos, nada tiene de oficio de amistad; puesto que el receptor no se encarga de la custodia del precio consignado gratuitamente, como que cobra sus derechos, ni para hacer un favor al comprador ni á los acreedores, ya que lo hace en cumplimiento de la obligacion que su oficio le impone, y por disposicion del tribunal.

103. El depósito ordinario se forma por medio de un contrato entre el deponente y el depositario; y la consignacion que nos ocupa, no encierra en rigor contrato alguno.

No hay contrato entre el receptor y el adjudicatario que consigna en su poder el precio de la compra judicial; porque para este la consignacion no es mas que un pago hecho á un empleado público que por razon de su destino está debidamente autorizado para recibir el precio de las ventas judiciales, y firmar la competente ápoca á los adjudicatarios.

Tampoco media contrato alguno entre el receptor y los acreedores á quienes se debe el precio, y por los cuales lo recibe. Verdad es que cobra por ellos, y que en su favor contrae la obligacion de guardar el dinero consignado, y de devolverlo prévia deduccion de sus derechos á aquellos de entre ellos á quienes segun la sentencia de graduacion corresponda. Pero esa obligacion es hija mas bien á un cuasi-contrato formado por la ley, que de un verdadero contrato; porque si el receptor recibe por los acreedores el precio de la venta judicial, no es esto por razon de un convenio que entre ellos haya mediado, sino en vertud del destino mismo del receptor que le obliga á recibir el precio de las ventas judiciales por los acreedores, aun cuando estos lo resistiesen.

§. II.

De los efectos de esta consignacion.

El primer efecto de esta consignacion es qnedar libre el comprador adjudicatorio de la obligacion de pagar el precio, contraida con la compra á favor de los acreedores ejecutantes y terceros opositores. Autorizado el receptor de consignaciones por la ley y por el destino que ejerce, para recibir en nombre de los acreedores dicho precio, el pago que el adjudicatario le hace por medio de la consignacion, es tan válido y tiene tanta fuerza, como si se verificase á los mismos acreedores. Esto se halla conforme con los principios sentados en el *Trat. de las oblig. part.* 3, *cap.* 1, *art.* 1, §. 3.

104. El segundo efecto de esta consignacion es que el dominio del dinero consignado pasa á los acreedores ejecutantes y terceros opositores, segun la parte que á cada uno corresponda en fuerza de la sentencia de graduacion. La razon de esto es bien sencilla. El receptor representa legalmente á los acreedores: estos son los

vendedores de las fincas, y á ellos se debe el precio; por consiguiente lo propio es entregar el precio al receptor que entregarlo á ellos mismos. El dominio de las cosas pagadas lo adquiere no el que recibe el pago en nombre de otro, sino este en cuyo nombre se recibe: luego el dominio del precio pasa á los acreedores ejecutantes.

En esto es diferente la consignacion que nos ocupa, de la que hace un deudor de la cantidad que debe, y se niega su acreedor á recibir. En esta consignacion no puede el acreedor adquirir la propiedad del dinero consignado; porque negándose à recibir el pago, por mas que este se verifique por medio de la consignacion, no puede adquirir el dominio por falta de voluntad y consentimiento, el cual es necesario para adquirir la posesion, causa inmediata de aquel: *Adquirimus possessionem corpore et animo*; *l.* 3, §. 1, *ff. de acq. posses.* Por el contrario los acreedores de un concurso lejos de rehusar la acceptacion del precio de los bienes subastados, lo quieren, y desean hacerse dueños del dinero por esta razon consignado en poder del receptor que por ellos y en su nombre lo recibe.

105. Adquiriendo los acreedores concurrentes el dominio del dinero consignado por la parte que á cada uno corresponda segun la sentencia de graduacion, síguese que por esta parte que á cada uno toca, el deudor ejecutado queda en virtud de la consignacion y desde el instante de verificada esta, libre de su deuda para con ellos: porque es un principio de derecho que cuando un acreedor vende la cosa que tiene hipotecada, queda el deudor libre en cuanto el precio á que la cosa vendida alcanzare.

Para quedar libre el deudor no es necesario que se haya verificado la distribucion; porque desde el momento mismo en que se verificó la consignacion, se entiende que cada uno de los acreedores recibe lo que por la sentencia de graduacion le corresponde. Asi es que el dinero consignado corre de cuenta y riesgo de los acreedores.

106. Presentóse en un tribunal francés una cuestion sobre si la pérdida del dinero consignado, acaecida antes de la distribucion, debia afectar indistintamente á todos los acreedores del concurso á prorata de sus créditos, ó solamente á aquellos á quienes segun la sentencia de graduacion correspondia su parte en el dinero consignado. Segun los principios sentados, debe decidirse que solo estos últimos deben sufrir la pérdida á tenor de la parte que á cada uno de ellos corresponde en la cantidad consignada, porque el receptor solo la cobró por aquellos que tenian derecho para percibirla, y no por los que graduados en último lugar ningun derecho tenian á ella. Luego no estos, sino aquellos que adquirieron el dominio del dinero consignado, son los que deben suportar la pérdida. Y aun cuando la sentencia de graduacion no hubiese sido proferida, deberia decidirse lo mismo; porque no es esa sentencia la que confiere á cada acreedor la parte que le corresponde en la cantidad consignada, sino que se la dan á cada uno sus derechos privilegiados ó hipotecarios. Esos derechos existen antes de la graduacion, esta no hace mas que declararlos y colocarlos por el orden que les corresponde.

107. A los principios sentados se opone, que en las sentencias de graduacion se adjudican regularmente á los acreedores los intereses de sus créditos respectivos, hasta el dia en que se verifica la distribucion de los fondos designados, y no hasta el dia de la consignacion: luego, se dice, no debe entenderse que los acreedores son pagados desde el instante de la consignacion, sino desde que se verifica la distribucion, pues de lo contrario no correrian.

Esa objecion me habia parecido tan fuerte, que en mi *Introduccion al titulo de los pregones, de la costumbre de Orleans*, senté que el dominio del dinero consignado no pasaba desde el instante de la consignacion á los acreedores de un concurso: sin embargo despues he mudado de dictamen. Las razones antes alegadas prueban evidentemente que el dominio del dinero consignado pasa en virtud de la consignacion á los acreedores. Pero como á pesar de esto no pueden servirse de aquel dinero para sus negocios, hasta despues que se da la órden para el reparto, y como la culpa de esto la tiene el deudor que dió lugar al concurso; preciso es que este les indemnize de lo que pierden por su culpa, continuando el pago de los intereses hasta verificarse el reparto. En cuanto á que los créditos pagados no deben intereses, responderé que en nuestro caso no son los créditos los que los devengan, sino que dan lugar á ellos los perjuicios que acarrea á los acreedores el retardo que sufren en poder disponer del dinero por un hecho del deudor.

108. Finalmente otro de los efectos de la consignacion es la

obligacion que contrae el receptor, de la cual vamos á tratar detenidamente en el siguiente

§. III.

De la obligacion que contrae el receptor de consignaciones.

109. El receptor de consignaciones contrae la obligacion de guardar con toda fidelidad y esmero el dinero consignado, y de entregarlo, prévia deduccion de sus derechos, á los acreedores á quienes corresponda, asi que reciba la orden del tribunal. Contrae esta obligacion á favor de dichos acreedores y aun á veces á favor del mismo ejecutado; porque si hubiese consignado dinero de sobras para pagar los créditos en capitales é intereses y las costas, lo que sobrase deberia el receptor entregarlo al ejecutado.

110. La fidelidad con que el receptor debe guardar el dinero consignado, no le permite servirse de él, pues de otra suerte se haria culpable de hurto: *supra, n.* 34.

111. No le basta al receptor guardar con fidelidad el dinero consignado, sino que debe hacerlo con todo el cuidado posible; por manera que la falta mas ligera por su parte ó de sus dependientes basta para hacerle responsable de la pérdida que ocurriese. El receptor de consignaciones es lo mismo que el depositario que se ofrece voluntariamente para la guarda de la cosa; porque esa fuerza tiene el cargo que solicitó y obtiene. Ademas de que los derechos que cobra, deben contribuir poderosamente á cargarle con esa responsabilidad.

112. Solo por orden del tribunal debe entregar á cada uno de los acreedores lo que le corresponde, segun la sentencia de graduacion.

113. Debe hacer la entrega en las mismas monedas que fueron consignadas, porque debe verificar la restitucion *in individuo.* Por esto en caso de perderse el dinero consignado sin la menor culpa por su parte, quedaria libre de esta obligacion, como todos los deudores de cuerpos ciertos.

114. Esta obligacion que contrae el receptor de consignaciones, de entregar el dinero codsignado por el orden que el tribunal designe, es inprescriptible; porque su calidad de receptor y la existencia que hay ó debe haber en sus arcas del dinero consignado, exigen perpetuamente que restituya en cualquier tiempo lo que recibió en nombre de los acreedores.

115. El receptor puede ser compelido á esta restitucion por encarcelamiento, como que es depositario judicial.

116. Aquellos á quienes pertenecia el dinero consignado, si este desapareció por culpa del receptor, tienen sobre sus bienes un derecho hipotecario desde el dia en que la consignacion se verificó.

117. La obligacion del receptor solo se extingue de dos maneras, ó por la pérdida de los efectos consignados acaecida por caso fortuito y sin su culpa, ó por la restitucion hecha á aquellos á quienes correspondia.

TRATADO
DEL
MANDATO.

ARTICULO PRELIMINAR.

1. El mandato es un contrato por el cual uno de los contraentes confia la gestion de uno ó de muchos negocios que deben emprenderse de su cuenta y riesgo, á otro que se encarga gratuitamente de realizarla y se obliga á darle cuenta de ello.

El que confia á otro la gestion de un negocio se llama *mandante*, el que se encarga de ella *mandatario* ó *procurador*.

Los aficionados á etimologias observan que la palabra *mandatum* deriva de *manudata* porque el que se encargaba de un negocio acostumbraba á estrechar la mano del que se lo confiaba, para manifestarle que empeñaba su fé; porque entre los antiguos era la mano *symbolum fidei datæ*.

En el primer capítulo trataremos de lo concerniente á la esencia del mandato; á que clase de contratos pertenece, y de su forma. En el segundo veremos las obligaciones que contrae el mandatario, y la accion que de ellas nace. En el tercero de las que contrae el mandante, y de la accion que de ellas nace. En el cuarto expondremos de que manera se acaba el mandato; y finalmente en el quinto examinaremos las diferentes especies de mandatos. Por via de apéndice pondremos un tratado de los cuasi contratos que tienen relacion y analogia con el mandato, y principalmente del cuasi-contrato *negotiorum gestorum*.

CAPITULO I.

A QUE CLASES DE CONTRATOS PERTENECE EL MANDATO, QUE ES LO QUE CONSTITUYE SU ESENCIA, Y CUAL ES SU FORMA.



SECCION I.

Á QUE CLASES DE CONTRATOS PERTENECE EL MANDATO.

—

2. El mandato pertenece á la clase de contratos que se llaman de *derecho de gentes*; porque se rige meramente por los principios del derecho natural, sin que el derecho civil le sujete á ninguna regla ni formalidad.

3. Es de la clase de los contratos de beneficencia. Por lo regular solo tiene en él interes el mandante, y el mandatario se encarga de la expedicion del negocio gratuitamente y por solo hacer un buen servicio á un amigo.

4. El mandato pertenece á los contratos consensuales; se forma y adquiere toda su perfeccion por solo el consentimiento de las partes. Desde el mismo instante en que el mandatario consiente en encargarse del negocio, por mas que no haya mediado hecho alguno por su parte ni por la del mandante, está obligado á realizar dicho negocio, y el mandante lo está á pagarle lo que le cueste.

5. El mandato es otro de los contratos sinalagmáticos, ó bilaterales. No lo es sin embargo perfecta sino imperfectamente, porque solo hay en él una obligacion directa y principal, y es la que contrae el mandatario de realizar el negocio que se le encomienda, y de dar cuenta de su gestion. La que contrae el mandante de indemnizar al mandatario, es solo una obligacion indirecta, *obligatio mandati contraria*, la cual aunque hija del mismo contrato, solo tiene lugar *ex post facto*, es decir, cuando el mandatario tiene que anticipar alguna cosa ó contraer algun gravamen para cumplir el mandato; obligacion que no tiene lugar, si el mandato nada cuesta al mandatario.

SECCION II.

DE LO QUE CONSTITUYE LA ESENCIA DEL MANDATO.

—

Es de la esencia del mandato, 1.° que haya un negocio que forme el objeto del contrato; 2.° que el mandante y el mandatario tengan voluntad de obligarse el uno á favor del otro, el mandatario á dar cuenta del negocio al mandante, y este á indemnizar á aquel.

ARTICULO I.

QUE NEGOCIOS PUEDEN SER OBJETO DE ESTE CONTRATO.

—

Paraque un negocio pueda ser objeto de este contrato, es necesario, 1.° que sea un negocio que esté por hacer; 2.° que no sea contrario ni á las leyes ni á las buenas costumbres; 3.° que no sea sobre una cosa incierta; 4.° es preciso que el negocio sea de tal naturaleza, que aparezca que el mandante lo verifica por ministerio de la persona á quien lo encarga; 5.° es necesario que el negocio sea tal, que pueda suponerse sin absurdo ni ridiculez que puede hacerlo ó realizarlo el mandatario; 6.° es necesario por fin que sea concerniente al interes del mandante ó de un tercero, y no al solo interes del mandatario. En el párrafo séptimo trataremos de si un negocio en que no tiene ningun interes el mandante, puede ser objeto del mandato.

§. I.

Es necesario que el negocio que se encarga esté por hacer.

6. Para que pueda encargarse la gestion de algun negocio, es claro que deberá estar por hacer, *negotium gerendum*; un negocio hecho ya, *negotium gestum*, nunca podrá ser objeto del mandato.

Ejemplo: Si yo te pido que prestes de mi cuenta á Diego una cantidad de dinero que necesita, se verifica un mandato que tendrá todos sus efectos luego de entregado el dinero. Pero si ignorando que tu habias ya prestado la misma cantidad á mi amigo, te

pidiese que le hicieses ese préstamo por mi cuenta, no habrá mandato; porque el negocio que te encargo, está ya hecho; *l.* 12, §. 14, *ff. mand.*

De otra suerte seria, si yo te hubiese requerido para que suspendieses tus gestiones judiciales contra un deudor, y le concedieses un respiro; pues entonces habrá un mandato, en cuya virtud yo deberia indemnizarte los perjuicios que sufras, si á causa de la suspension de los procedimientos no pudieses mas adelante cobrar del deudor que se hubiese declarado en quiebra; porque la suspension de los procedimientos y la concesion de un plazo, objeto del mandato eran cosas que estaban por hacer, *d.* §. 14.

§. II.

Es necesario que el negocio no sea contrario ni á las leyes ni á las buenas costumbres.

7. Paraque el mandato sea válido es necesario en segundo lugar, que el negocio que se encarga, sea honesto y no contrario á las leyes ni á las buenas costumbres; porque *rei turpis nullum mandatum est*: *l.* 6, §. 3, *ff. eod.*

Ejemplo: Si Pedro se hubiese encargado de comprar por mi cuenta géneros de contrabando, este mandato seria nulo, como contrario á las leyes, y no produciria obligacion alguna. No solo no estaria Pedro obligado ni en el fuero externo ni en conciencia á ejecutar esta comision, sino que faltaria en uno y otro fuero ejecutándola, y si la ejecutase, ni yo tendria accion contra él para obligarle á darme cuentas, ni él la tendria contra mi para exigirme el reembolso de lo que hubiese adelantado.

Sin embargo si yo me hubiese aprovechado de los géneros, en conciencia estaria obligado á reembolsar á Pedro sus adelantos; porque la buena fé no consiente que nadie se enriquezca á expensas de otro. Pero si me negase á cumplir con esta obligacion de conciencia, el mandatario no tendria accion alguna para compelerme á ello; porque habiendo violado la ley no es acreedor á su amparo.

Otros ejemplos podrian citarse de mandatos contrarios á las buenas costumbres y nulos por consiguiente; como si alguno me hubiese encargado que le comprase un veneno para dar la muerte

á otro, ó para que le proporcionase relaciones amorosas con una muger pública, etc.

8. Por mas que un negocio considerado en sí mismo é independientemente de las circunstancias, nada tenga de contrario á las leyes ó á las buenas costumbres, sin embargo si fuese tal que por razon de circunstancias especiales la buena fé y la caridad cristiana no permitiesen al mandatario encargarse de él, y no obstante se hubiese encargado, el mandato será nulo, y no producirá accion alguna.

Ejemplo: Ulpiano nos da de esto el presente ejemplo: *Si adolescens luxuriosus...mandaverit tibi ut meretrici pecuniam credas, non obligatur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit*; *l.* 11, §. 12, *eod.*

Un préstamo de dinero que es el objeto de este contrato, es un negocio que si se considera en sí mismo y á parte de todas las circunstancias, nada tiene de contrario á las leyes ni á las buenas costumbres, y que por consiguiente puede ser objeto de un mandato; sin enbargo considerado en razon á las circunstancias peculiares que refiere Ulpiano de ser un joven disoluto el mandante, y de ser hecho el mandato en obsequio de una cortesana, se ve que es un negocio de que ni el honor, ni la probidad, ni la caridad cristiana permiten al mandatario encargarse, porque con ello fomentaria las pasiones desenfrenadas del mandante. Asi es que este ninguna obligacion contraeria con semejante mandato.

Dirase que la buena fé obliga á este joven á cumplir su promesa de reembolsar al mandatario lo que hubiese prestado por su orden: *grave est fidem fallere*; *l.* 1, *ff, de pactis.* A esto respondo; yo quiero suponer por un instante esta obligacion en dicho joven, pero ella quedará destruida por otra obligacion que el mandatario contrae á su favor de reparar los perjuicios que le ocasiona fomentando sus pasiones. Esta obligacion comprende la de dar por libre al mandante de la obligacion que contrajo á favor del mandatario; asi es que la una destruye la otra.

§. III.

Es necesario que el negocio no verse sobre una cosa incierta.

9. En el mandato lo mismo que en los demas contratos, lo que

forma su objeto debe ser una cosa que no sea del todo incierta, de otra suerte el contrato es nulo.

Ejemplo: Si yo encargase á un amigo que en una feria me comprase alguna cosa sin decirle que, el mandato seria nulo, porque el objeto del mandato es una cosa del todo incierta, y no es posible adivinar lo que el mandante quiere que se le compre.

No obstante no es preciso que el mandante haya expresado lo que queria que se le comprase, siempre que el mandatario pueda sin esto acertar por algunas circunstancias la voluntad del mandante.

Ejemplos I. Un negociante que acostumbraba ir á una feria para comprar una cantidad de ciertos géneros, no pudiendo ir este año, encarga á un amigo que sabe todos sus negocios, que le haga las provisiones, sin explicarse mas; este mandato es válido, y tiene por objeto la compra de los géneros que el mandante acostumbraba comprar todos los años en la tal feria.

II. Si encargo á alguno que me compre algunos juguetes sin decirle cuales, el mandato será válido, porque su objeto no es enteramente incierto, ya que se limita á la clase de juguetes que ordinariamente se dan á los niños para entretenerse, y sobre cuya eleccion me atengo al gusto del mandatario.

El mandato de comprar alguna cosa no deja de tener un objeto cierto, por mas que el mandante no haya fijado el precio que queria dar por ella; porque en cuanto al precio puede deferir á la voluntad del mandatario, quien no por esto debe ofrecer mas del justo precio.

§. IV.

El negocio debe ser tal que pueda reputarse que el mandante mismo lo hace por ministerio del mandatario.

10. Siendo el mandato, segun la definicion dada, un contrato por el cual el mandante encarga al mandatario que haga por él y en su lugar algun negocio, y reputándose que él mismo mandante lo verifica por medio del mandatario, segun aquella regla: *Qui mandat ipse fecisse videtur;* resulta que paraque pueda un negocio ser objeto de este contrato, debe ser tal que pueda entenderse que el mandante mismo lo verifica valiéndose del ministerio de otra persona.

Exemplo: Segun este principio, si yo hubiese mandado á Pedro que tomase prestada de mi cajero una cantidad de dinero que me pertenecia, y esta cantidad hubiese sido prestada; esta especie no contiene otra cosa mas que un préstamo que hago yo á Pedro; en cuanto al mandato es nulo, porque la aceptacion del préstamo es un negocio que no puede entenderse que lo hago yo, ya que nadie puede tomar prestado su propio dinero; *l.* 10, §. 4, *ff. mand:*

11. Si el negocio objeto del mandato fuese tal, que absolutamente hablando pudiese reputarse hecho por el mismo mandante, solo que la ley se lo probibe como si un tutor á quien las leyes prohiben ser postor y adjudicatorio de los bienes de su púpilo, hubiese encargado á otro hacer las posturas y comprar las cosas subastadas ¿seria nulo este mandato? La compra objeto del mandato no es un negocio que *per rerum naturam* no pueda entenderse que lo hace el mandante por ministerio del mandatario; porque no es imposible *per rerum naturam*, que un tutor compre los efectos de su pupilo; luego no puede decirse como en la especie anterior, que el mandato sea nulo por falta de un negocio que pueda ser objeto del mismo. Estando empero prohibida esta compra por la ley al tutor, ¿no podrá decirse que el mandato cuyo objeto es dicha compra, versa sobre una cosa contraria á las leyes, y que por consiguiente es nulo, sin que pueda producir obligacion ni efecto alguno, segun los principios sentados en el párrafo anterior? No creo que semejante mandato sea enteramente nulo. Es nulo en cuanto no obliga al mandatario que se encargó indiscretamente de él á ejecutarlo; porque ese mandatario tiene un motivo justo y legítimo para no verificarlo, á fin de no hacerse cómplice con el tutor de la contravencion á la ley que prohibe á este comprar por si ó por tercera persona los efectos del menor.

Mas si el mandatario hubiese ejecutado el mandato, y comprado los efectos indicados en el contrato; no creo que este sea nulo hasta el punto que el mandante no pueda exigir al mandatario cuenta de la gestion. En mi concepto hay una diferencia entre las cosas que la ley prohibe como malas, como el comercio de contrabando, y las que la ley probibe solo para evitar fraudes, solo en favor de determinadas personas, cual es la compra de efectos de un menor. Lo que llevamos dicho en el párrafo antecedente sobre la nulidad de los contratos contrarios á las leyes, debe únicamente entenderse de los mandatos sobre cosas de la primera es-

pecie: mas en cuanto á las de la segunda, como la compra de efectos de un menor prohibida por la ley á los tutores puesto que esta prohibicion solo está hecha en favor del menor, únicamente este podrá quejarse de la compra que el tutor haya verificado de sus efectos, y objetarle la ley que se la prohibia: mientras el menor no se queje, el mandatario á quien el tutor encargó la compra, y que la realizó, no es persona idonea para objetar dicha ley al tutor á fin de que se declare nulo el mandato, y no se le obligue á dar cuenta de su gestion.

Con mayoria de razon no podrá el mandante objetar la nulidad del mandato para dispensarse de reembolsar al mandatario lo que hubise adelantado en cumplimiento del mandato.

§. V.

Es necesario que sea un negocio que pueda suponerse poder ejecutarlo el mandatario.

12. Es evidente que para que sea válido un mandato, el negocio que sea su objeto, debe ser tal que deba suponerse poder realizarlo el mandatario; de otra suerte seria *nugatorium et derisorium mandatum*, y no produciria obligacion alguna.

Ejemplo: Si diese la comision á un doctor en mi facultad á quien la violencia de un catarro tiene enteramente embargado el uso del habla, paraque fuese á desempeñar mi cátedra, por mas que me hubiese contestado por señas que aceptaba esta comision, seria nulo el mandato, *tamquam nugatorium et derisorium*, porque su objeto es tal que *per rerum naturam* es imposible que lo ejecute el mandatario.

13. Sin embargo no es necesario para la validez del mandato, que el mandatario haya podido efectivamente realizar el negocio encargado; basta que sin absurdidad haya podido suponerse que podia realizarlo.

Asi es que si hubiese encargado un negocio á alguna persona que no tenia la habilidad y destreza necesarias para ejecutarlo, y que sin embargo se encarga de él, el mandato será válido, por mas que el mandatario no haya podido ejecutarlo, porque basta que haya podido suponerse sin absurdo que podria realizarlo: el mandatario al encargarse de tal negocio, se presenta como un

hombre dotado del talento y destreza necesarios para su gestion: *Spopondit peritiam et industiam negotio gerendo parem*; el mandante pudo suponer sin absurdo alguno que su mandatario tenia los conocimientos y habilidad que ostentaba; y por consiguiente el negocio objeto del mandato pudo suponerse que podia verificarlo el mandatario; lo cual basta para la validez del mandato, y paraque el mandatario esté obligado á dar cuenta de él. Por lo mismo será responsable de todos los daños y perjuicios causados por su falta de destreza y conocimientos; porque culpa suya es no haber consultado sus fuerzas antes de encargarse de un negocio que las sobrepujaba.

14. La compra de una cosa propia del mandatario es un negocio que no puede suponerse sin absurdo poder verificarlo el mandatario; siendo imposible *per rerum naturam*, que uno compre su propia cosa. Es pues evidente que la compra de una cosa del mandatario no puede ser objeto de un mandato.

Sin embargo si encargo á alguno que es condueño de una cosa que va á licitarse entre él y sus comuneros, que la compre y se la haga adjudicar por mi cuenta; los jurisconsultos romanos opinaron que podia sostenerse *benigna juris ratione*, que ese mandato era válido respeto de la totalidad de la cosa que debia licitarse, y por consiguiente tambien respeto de la parte que correspondia al mandatario. No obstante Africano observa que podria decirse asimismo que el contrato que media entre ese dueño parcial y yo, solo es un mandato en cuanto á las porciones pertenecientes á sus condueños, y que en cuanto á la parte que le corresponde á él, es una venta que de la misma me hace bajo la condicion y para el caso en que sus comuneros vendiesen la suya, y por el mismo precio que ellos la vendiesen. Véanse las leyes 32, §. 4, y la 34, §. 1, *ff. mand.*

§. VI.

El negocio no debe ser concernienie al solo interes del mandatario.

15. Paraque un negocio pueda ser objeto del mandato, preciso es que no sea solo del interes del mandatari . Si te encargo un negocio en que tu solo tienes interes, te doy un consejo, no un mandato; porque el mandato encierra la obl gacion que contrae

de necesidad el mandatario de dar cuenta del encargo, y en nuestro caso es imposible *per rerum naturam* que tu puedas ser obligado á dar cuenta de un negocio en que nadie mas que tu mismo tiene interes; *l.* 2, §. 6, *ff. mand.*

16. Si ademas de interesar el negocio al mandatario interesase tambien á otro ya fuese al mismo mandante, ya á un tercero, podrá entonces este negocio ser objeto del mandato ; porque basta aquella circunstancia para que el mandatario pueda contraer la obligacion de dar cuenta de su cometido. Asi dice Gayo: *Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem... sive mea et tua, sive tua et aliena*: *d. l.* 2.

§. VII.

¿ Es necesario que el negocio encomendado sea del interes del mandante, al menos en parte?

17. No es necesario para la validez del mandato que el negocio encargado pertenezca al mandante ni entera ni parcialmente. Un negocio que mire enteramente al interes de un tercero, puede ser objeto de este contrato: *d. l.* 2.

Esto en nada es contrario al principio que sentamos en el *Tratado de las obligaciones*, sobre que un hecho para que pueda ser objeto de una obligacion , debe ser tal que interese á aquel á cuyo favor se contrae la obligacion. *Nemo stipulari potest nisi quod sua interest. V. trat. de las oblig. n.* 138.

Si yo te encargo un negocio que pertenece enteramente á un tercero , y en el cual no tengo ningun interes antes del mandato , por el mero hecho de encargártelo me hago responsable de él *actione negotiorum gestorum* para con ese tercero , y por consiguiente tengo desde entonces interes en que realices el negocio , y en que lo realices como corresponde ; lo cual basta para la validez del mandato , y para que tu contraigas la obligacion de darme cuenta de él.

Ejemplo : Si habiendo mi amigo Pedro emprendido un viage sin encargar á nadie sus negocios , te encargase yo la vendimia de sus viñas ; ese mandato lo hago *aliena tantum gratia* , ya que la vendimia es un negocio que concierne sola y exclusivamente á Pedro , y en que ningun interes tengo yo ; y sin embargo será válido ; porque al encargarte la vendimia me constituyo respon-

sable para con Pedro de este hecho , y por consiguiente tengo un interes directo en que me dés cuenta del mandato, para que á mi vez pueda darla á Pedro ; *l.* 6, §. 4, *ff. mand.*

ARTICUO II.

DEL CONSENTIMIENTO DEL MANDANTE Y DEL MANDATARIO PARA OBLIGARSE EL UNO CON EL OTRO.

18 Es de la esencia del mandato que el mandante quiera encargar de su cuenta y riesgo al mandatario el negocio objeto del contrato , y de obligarse á prestar la indemnizacion correspondiente; y que el mandatario por su parte consienta en obligarse á la realizacion de este negocio. Con esta voluntad recíproca del mandante y del mandatario se forma el contrato de mandato, segun se desprende de la definicion que hemos dado, *supra* , *n.*° **1.**

19. En esto tambien se diferencia el mandato de la simple recomendacion; porque si yo te recomiendo alguna persona , ni tu ni yo contraemos obligacion alguna. Pero si á la recomendacion acompañase el encargo de facilitar al recomendado alguna cantidad de dinero ó lo que necesitase, entonces hay un mandato válido y obligatorio.

20. Tambien esta voluntad de obligarse recíprocamente el mandante y el mandatario distingue el mandato del consejo; porque al dar ó recibir un consejo ninguno de los que median se obliga. Asi es que debe ponerse mucha atencion en las palabras de que las partes se valen, á fin de distinguir si encierran un mandato ó un simple consejo.

Ejemplo: Si yo te dijese: mi amigo Pedro necesita mil duros ; yo no puedo prestárselos, porque no tengo ahora dinero ; te pido pues que se los prestes en lugar mio: es evidente que estas palabras encierran un verdadero mandato en virtud del cual me obligo á indemnizarte cualquier pérdida que pudieses tener con el préstamo. Mas si solo te dijese: tu puedes prestar seguramente á Pedro la cantidad que te pide prestada: es un hombre honrado, tiene en muy buen estado sus negocios , y merece que se le haga un favor; estas palabras no encierran mas que un consejo, que no produce obligacion alguna. Asi es que aun cuando yo me hubiese equivocado en el concepto que formé de Pedro y de sus nego-

cios, y estuviese en un estado de insolvencia cuando yo le creia muy acaudalado, no estaria obligado á indemnizarte, por mas que perdieses toda la cantidad que por mi consejo le hubieses prestado.

Esto está conforme con las siguientes reglas de derecho: *nemo ex consilio obligatur, l.* 2, §. 6, *ff. mand. Consilii non fraudulenti nulla obligatio*; *l.* 4, *ff. de reg. jur.*

21. Esto tiene lugar aun cuando el consejo hubiese sido dado indiscretamente, con tal que no hubiese habido mala fé. Asi en la especie propuesta aun cuando yo me hubiese avalanzado indiscreta y temerariamente á asegurarte que Pedro tenia en buen estado sus negocios, creyéndolo así, bien que sin antecedentes ni informes de ninguna clase; no por esto quedaria obligado. Tu á quien interesaba, podias y debias haber tomado esos informes; *liberum est cuique apud se explorare an expediat sibi consilium*; *l.* 2, §. 6.

Pero si el consejo hubiese sido dado de mala fé, como si en el caso anterior tu pudieses probar que yo sabia el mal estado en que se encontraban los negocios de Pedro y su insolvencia al tiempo de aconsejarte que le prestases dinero, entonces hay dolo por mi parte, el cual me obliga al pago de los daños y perjuicios que el préstamo te acarrease, y por consiguiente á devolverte la cantidad prestada que no pudiste recobrar. *Cœterum*, añade la ley 47 antes citada, *si dolus et calliditas intercessit*, *de dolo actio competit.*

ARTICULO III.

EL MANDATO DEBE SER GRATUITO.

———

22. Es de la esencia del mandato el ser gratuito, es decir, que el mandatario se encargue por un mero oficio de amistad del negocio sobre que versa el mandato, y que el mandante no se obligue á pagarle una cantidad de dinero ni otra cosa que sirva de precio de la gestion del negocio: de otra suerte el contrato no será un mandato sino una locacion-conduccion, *locatio operarum*, *l.* 1, §. 4, *ff. mand.*

23. Sin embargo si para dar al mandatario una muestra de mi gratitud por la gestion del negocio le prometiese en el contrato una cantidad de dinero ó cualquiera otra cosa, no por esto dejará

de ser un mandato, con tal que lo que prometi dar no sea el precio del servicio que el mandatario se encarga de hacerme, á causa de no ser este sevicio una cosa justipreciable. Lo que de esta suerte se promete, se llma *honorario*, y en latin *honor*, *honorarium*, *salarium*; *l.* 6, *mand.*

Ejemplo: Voy á encontrar á un abogado, y le suplico que se encargue de la defensa de mi causa; el la accepta, y para darle yo una muestra de mi gratitud prometo darle la novisima recopilacion que él casualmente no tiene. Esta promesa no destruye el mandato, porque aquel libro no puede considerarse como precio de la defensa de mi causa que es una cosa que no puede apreciarse. Esta promesa es una condonacion que aun que tiene lugar al mismo tiempo que el mandato, es no obstante agena del mismo. Asi es que por dercebo Romano no podian pedirse los honorarios sino *per persecutionen extraordinariam*: no podia pedirse por la accion *mandati*, porque la promesa de darlos no se reputaba hacer parte del mandato; *l.*1, *cod. mand.*

24. Como que los honorarios que el mandante promete al mandatario, no son el precio de los servicios que el mandatario se obliga á prestar, síguese que la promesa que sobre estos honorarios hiciese el mandante en términos vagos y generales, seria nula y no produciria obligacion alguna, como si el mandante dijese: *yo no dejaré de agradecer de una manera conforme los servicios que V. tiene la bondad de prestarme.* En esto se diferencian los honorarios del alquiler que se promete, cuando hay una verdadera locacion-conduccion de obras ó servicios. En este último caso como que se trata de hechos que pueden apreciarse por dinero, la promesa que se hiciese de reconpensarlos, aunque concebida en térmonos vagos, seria válida. La razon de diferencia está en que esta recompensa por mas que prometida en términos vagos, es el precio de servicios justipreciables, y por lo mismo puede determinarse la cantidad á que debe ascender por medio de una justipreciacion de peritos: en vez de que los honorarios prometidos al mandatario no son el precio de sus servicios, los cuales por otra parte no pueden justipreciarse, y de esto resulta que la promesa de honorarios hecha con palabras vagas no tiene un objeto determinado ó determinable, y por consiguiente es nula, segun los principios sentados en el *trat. de las oblig. n.*131; *l.* 17 *cod. mand.*

25. Con mayoría de razon si no se hubiese prometido recompensa alguna al mandatario, ninguna podrá pretender.

26. Servicios hay sin embargo por los cuales, aunque dependen de una profesion liberal, y pertenecen por lo mismo mas bien al mandato que á la locacion-conduccion, pueden los que los prestan pedir ante los tribunales una recompensa regular.

Tales son los servicios que en su profesion prestan los médicos y los profesores de ciencias.

La accion que tienen estas personas para pedir una recompensa de sus servicios, no es la *ex locato*, sino una *persecutio extraordinaria*, porque esta recompensa no es el alquiler ni el precio de sus servicios que son por su naturaleza inestimables: es un premio que se regula á tenor de lo que se acostumbra comunmente dar por tales servicios en el lugar en que aquellas personas ejercen su profesion.

Esta accion se funda en que la justicia y el interes público reclaman que las personas que á tan nobles profesiones se consagran, encuentren en su ejercicio un medio con que subsistir ellos y sus familias; así es que cuando hay gente bastante ingrata para rehusarles la recompensa ordinaria, los tribunales los amparan dándoles una accion para exigirla.

27. Nótese una diferencia entre estas recompensas y el alquiler que se dá por un servicio apreciable. Pagando este alquiler quedo absolutamente libre, sin que deba al que me prestó el servicio gratitud alguna. Pero en cuanto á los servicios dependientes de una profesion liberal, aun despues de haberlos recompensado, como que son inestimables, no quedaré de todo punto libre de gratitud para con el que me los prestó.

Tambien se puede deber reconocimiento algunas veces á las personas que nos hubiesen hecho servicios apreciables por dinero ademas de su pago; como son los servicios que nos han prestado los criados que han estado por largo tiempo á nuestro servicio. Pero este reconocimiento no es tanto por los servicios mismos, como por el afecto y delicadeza con que se nos prestaron.

SECCION II.

DE LA FORMA DEL MANDATO Y DE LAS DIFERENTES MANERAS DE CELEBRARLO.

28. El contrato de mandato puede celebrarse, segun llevamos dicho, por el mero consentimiento de las partes, verbalmente ó de cualquiera otra manera que conste su celebracion, pues no está sujeto á formalidad alguna por el derecho civil.

29. El mandato puede celebrarse hasta tácitamente, y sin que intervenga declaracion alguna expresa de ninguna de las partes; porque si yo practico á la vista, ciencia y paciencia de alguno un negocio que le atañe, por esto solo se entiende que media entre nosotros un verdadero mandato, por el cual él me encarga el negocio que ejecuto. Esto se halla conforme con aquella regla de derecho: *Semper qui non prohibet aliquem pro se intervenire, mandare creditur*; *l.* 60, *de reg. jur.* Véanse tambien las leyes 6, §. 2, *l.* 18, *l.* 53, *ff. mand.*

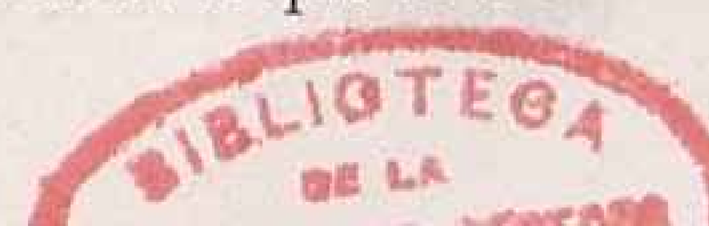
30. El modo mas ordinario de celebrar los mandatos es por una escritura que se llama *procura*, *procuracion ó carta de poderes*. Esta escritura puede ser privada ó pública y solemne. El mandante declara en ella que confiere su poder á fulano paraque por él y en su nombre practique tal negocio.

Sin embargo no es necesario que se sirva precisamente de estas palabras, *confiere su poder*; lo mismo seria si dijese que *ruega* á fulano que realice por él tal negocio.

En general poco importan las palabras de que se haya usado para declarar la voluntad de encargar un negocio: *Sive rogo, sive volo, sive mando, sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est*; *l.* 1, §. 2, *ff. mand.*

31. La procuracion por sí sola no encierra el contrato de mandato, sino que es necesario que sea aceptada por aquel á quien va dirijida; porque el mandato, lo mismo que los demas contratos, solo puede formarse por el concurso de la voluntad de las dos partes contraentes.

Sin embargo no es necesario que esta aceptacion sea expresa. Aquel á quien se confieren poderes se entiende que acepta tácitamente la comision, luego que empieza á practicar lo que se le en-



carga; y esta aceptacion tácita forma el mandato, quedando en su virtud obligado el mandatario á llevar á cabo el negocio empezado, y á dar cuenta de él, lo mismo que si hubiese intervenido una aceptacion expresa.

32. Aun antes que aquel á quien he mandado una carta de poderes, haya comenzado á efecutar el negocio, piensan algunos que puede presumirse la aceptacion tácita por el mero hecho de haber recibido la procuracion sin haber manifestado que no queria aceptarla, ni haberla remitido. Asi lo decide Clemente *V*; *cap.* 1, *de procurat. in Clement.* Esto debe presumirse sobre todo cuando el negocio pasa entre presentes.

Ejemplo: Yo voy á encontrar à un amigo mio, á quien expongo que debo emprender un viaje, y le suplico que durante mi ausencia se encargue de mis negocios: luego despues le entrego una escritura de poderes que el recibe sin replicarme nada, y en esta forma nos despedimos. Esta recepcion de la escritura es una prueba de que consiente en encargarse de mis negocios ; puesto que sino lo hubiese querido, habria rehusado recibir los poderes.

33. Se presenta mas dificultad en el caso en que los poderes se envian por carta. La retencion de la procura no induce una presuncion tan clara de la aceptacion del encargo : puesto que puede no ser efecto mas que de una negligencia en remitirla, ó de un olvido. Asi es que opino que debe dejarse al arbitrio del juez el decidir si atendidas las circunstancias la retencion y el haber dejado de remitir los poderes debe hacer presumir una aceptacion tácita del encargo. Si el mandante no envia una escritura de poderes, sino que se contenta con rogar á alguno por medio de una carta que se encargue de un negocio , todavia podrá presumirse menos la aceptacion tácita por el solo hecho negativo de no contestar á la carta. Asi opina Frankio , *ad. tit. digest. mand.*

Sin embargo si la escritura de poderes ó una simple carta hubiese sido enviada á un procurador de profesion , esta circunstancia debe contribuir muy poderosamente para hacer presumir que no habiendo remitido los poderes ó no contestando á la carta , acepta tácitamente el mandato.

34. Puede ponerse al mandato un plazo ó una condicion ; como si encargase la realizacion de un negocio despues de cierto término ó de haberse verificado algun suceso; de la propia suerte que aquel á quien se encarga pura y simplemente un negocio pue-

de aceptar el encargo declarando que realizará el negocio despues de tanto tiempo, ó si tal acontecimiento tiene lugar, *l.* 1 , §, 3 , *ff. mand.*

Asimismo puedo encargar mis negocios á alguno hasta tal tiempo ó bajo tal condicion: hasta que yo vuelva, por ejemplo; en cuyo caso cesan los poderes del mandatario al llegar el plazo ó verificarse la condicion.

35. Si la procuracion fuese sin limites de tiempo ni condicion alguna, durará *in perpetuum*, es decir, mientas yo quiera, y no la revoque. Algunos prácticos ignorantes dicen que en tal caso seria necesario renovar los poderes cada año; pero esto es un error que ni siquiera merece refutarse; *l.* 3, *l.* 4, *ff. de procurat.*

36. Puede uno encargar sus negocios ó un solo negocio á una ó muchas personas : este mandato puede ser ó para que administren juntamente ó para que pueda administrar el uno en defecto del otro, lo cual se expresa en los poderes en estos términos: Confiero poder á fulano y á fulano para que juntos, ó á solas etc.

CAPITULO II.

DE LAS OBLIGACIONES QUE CONTRAE EL MANDATARIO Y DE LA ACCION QUE DE ELLA NACE.



37. El mandatario contrae en virtud del mandato , la obligacion, 1.º de realizar el negocio de que se encarga; 2.º de emplear para ello todo el cuidado que sea necesario, 3.º de dar cuenta de su gestion.

ARTICULO I.

DE LA OBLIGACION QUE CONTRAE EL MANDATARIO DE EJECUTAR LA COSA DE QUE SE ENCARGA.

38. El mandatario era libre antes de aceptar el mandato , de aceptarlo ó no aceptarlo; la aceptacion es una gracia , un mero beneficio que hace al mandante, *liberalitas nullo jure cogente facta*; pero una vez que ha aceptado, contrae la obligacion de ejecutarlo; y si no lo hace, queda sujeto al pago de los daños y perjui-

cios que por ello experimente el mandante, *l.* 22, §. 11, *l.* 5, §. 1, *ff. mand.* y otras muchas leyes del mismo titulo.

Esta obligacion se funda no solo en el precepto del derecho natural comun á todos los contratos, que no permite faltar á lo prometido; *Grave est fidem fallere; l.* 1, *ff. de pecun. const.* sino tambien en esotra regla: *adjuvari nos , non decipi beneficio oportet. l.* 17, *ff commod.*

La aceptacion del mandato es un favor , pero la ley natural no permite que este favor se convierta en daño del beneficiado por la infidelidad del mandatario. Si el mandante no hubiese contado sobre la palabra de este, fácil le hubiera sido encontrar otra persona que se encargase del mandato, y cuando no, hubiera podido procurarse los medios de hacer él mismo su negocio: justo es pues que quede indemnizado de los perjuicios que la infidelidad del mandatario le acarrea.

39. Pueden sin embargo sobrevenir despues del contrato algunas causas justas que libren al mandatario de la obligacion de ejecutar el mandato, con tal que lo avise previamente al mandante : *sane si valetudinis adversæ ; vel capitalium inimicitiarum , l.* 23, *seu ob inanes rei actiones ; l.* 24 ; *seu ob aliam justam cansam ex cusationes allegat, audiendus est; l.* 25, *ff. mand.*

Estas leyes ponen por primer motivo la enfermedad. Es evidente que el mandatario se encarga del mandato solo en cuanto su salud se lo permita ; si una enfermedad que no podia prever habria de sobrevenirle, se lo impide, es un caso fortuito de que no es responsable, como que á nadie puede exigírsele un imposible.

40. El segundo motivo se funda en las enemistades capitales sobrevenidas despues del contrato entre el mandante y el mandatario. La aceptacion del mandato es por su naturaleza un oficio de amistad; y si por un rompimiento grave y formal esta desaparece, deben cesar los efectos de dicha aceptacion, ya que es contra la naturaleza de las cosas que un enemigo exija de su enemigo un oficio de amistad.

Nótese que las leyes solo hablan de enemistades capitales, puesto que solo estas grandes enemistades libran al mandatario de su obligacion: una ligera frialdad, algunas diferencias de poca monta que despues del contrato hubiesen mediado entre las partes, no cambian ni disminuyen en lo mas mínimo los efectos del mandato.

41. El tercer motivo que ponen las leyes, es el desarreglo de los

negocios del mandante posterior al contrato. No seria justo obligar al mandatario á ejecutar un mandato para cuya realizacion tuviese que adelantar dinero que fundadamente desconfiase cobrar, á menos que el mandante no le aprontase los fondos necesarios : *Iniquum est damnosum cuique esse oficium suum*; *l.* 7, *ff. testam. quemad. aper.*

42. Por fin dichas leyes ponen en cuarto lugar , *vel ob aliam justam causam*. Estas palabras generales comprenden todos los impedimentos legítimos que pueden sobrevenir despues del contrato.

Ejemplos: I. Si encontrándome en Madrid me hubiese encargado de llevar á cabo un negocio que allí tenia pendiente un amigo mio, y despues me hubiese visto obligado á abandonar la córte á causa de un negocio grave é indispensable que me ocurrió , mi partida de Madrid seria un impedimento justo que me excusaria de cumplir el mandato.

II. Lo mismo seria , si aun sin abandonar la corte me sobreviniese tal cúmulo de negocios imprevistos, que me absorviesen todo el tiempo de manera que no me quedase espacio para ejecutar el mandato; porque nunca pudo entenderse que me encargase de él sino en cuanto tuviese tiempo para realizarlo sin grave perjuicio de mis negocios.

43. El mandatario en todos los casos hasta aqui referidos queda dispensado del cumplimiento del mandato , pero con la precisa obligacion de avisárselo al mandante á fin de que este pueda tomar sus medidas y buscar otra persona á quien encargar el negocio. si deja de darle este aviso, no queda libre de la obligacion, y quedará sujeto al pago de los daños y perjuicios que el mandante sufra por la falta de cumplimiento del mandato.

Si el impedimento sobrevenido fuese tal que ni aun le dejase al mandatario tiempo para dar el correspondiente aviso al mandante, como si le hubiese acometido una enfermedad aguda, ó se viese detenido en un lugar desde el cual no podia escribir , entonces quedaria libre de su obligacion, por mas que no diese al mandante el aviso de este impedimento, porque á nadie puede exigírsele un imposible.

44. Puede algunas veces el mandatario desentenderse de la obligacion de ejecutar el mandato, aun cuando no le hubiese sobrevenido una justa causa que le dispensase ; asi sucede cuando

participa al mandante que no quiere ejecutar el mandato, á tiempo en que el negocio se halla íntegro, es decir, á tiempo en que el mandante puede ó ejecutar por sí mismo el negocio encargado, ó encontrar facilmente otra persona que se encargue de él. La razon de esto es que como la obligacion del mandatario versa sobre un hecho, *obligatio facti,* la cual segun los principios sentados en el *Trat. de las oblig. n.* 146, viene á reducirse al pago de los daños y perjuicios que el acreedor sufre por la falta de cumplimiento; síguese que no sufriendo el mandante en el caso propuesto ningun perjuicio, porque el mandatario no cumpla con su obligacion, podrá este faltar impunemente al mandato. Asi dice Paulo que el mandatario puede dejar impunemente de cumplir con el mandato en dos casos: 1.º cuando el mandante no sufre por ello perjuicio alguno; 2.º cuando media un impedimento legìtimo; *l.* 22, §. 11, *ff. mand.*

45. Un caso hay en que el mandatario no solo no debe, sino que ni aun puede ejecutar el mandato, y es cuando llega á su noticia alguna circunstancia que el mandante ignora, y que cuando la sepa le obligará probablemente á revocar el mandato.

Ejemplo: Si el mandatario se hubiese encargado de comprar una heredad, y posteriormente hubiese descubierto que esta adquisicion no habia de ser segura, ó bien que la finca tenia defectos de consideracion que el mandante ignoraba; en tal caso la buena fé le obliga á suspender la ejecucion del mandato hasta que haya dado el correspondiente aviso al mandante, y recibido nuevas órdenes.

ARTICULO II.

DEL CUIDADO QUE DEBE PONER EL MANDATARIO EN LA EJECUCION DEL NEGOCIO OBJETO DEL MANDATO

46. Por mas que el mandato sea un contrato que solo mira al interes del mandante, por mas que el mandatario intervenga solo para hacer un favor al mandante sin interes alguno por su parte, y á pesar de que segun los principios sentados en el *Trat. de las oblig. n.* 142, en los contratos en que solo una de las partes tiene interes, la que lo tiene no puede exigir de la otra mas que la buena fé; sin embargo en el mandato por una excepcion de aquellos

principios puede el mandante exigir al mandatario no solo buena fé, sino tambien todo el esmero y habilidad que exige el cumplimiento del mandato; y por consiguiente el mandatario es responsable de cualquier perjuicio que irrogue al mandante con la gestion del negocio no solo por dolo, sino tambien por culpa de cualquiera especie que ella sea; *l.* 13, *cod. mand.*

Fúndase esto en que el que se encarga de un negocio, se compromete á todo cuanto sea necesario para llevarlo á cabo, y por consiguiente á emplear en ello todo el esmero y habilidad que exija: *Spondet diligentiam et industriam negotio gerendo parem.* Luego falta á su obligacion cuando no pone en el negocio todo el cuidado y destreza que prometió poner al encargarse de él; y por lo mismo debe responder de los daños y perjuicios que de ello resulten al mandante.

La ley 10, *ff. mand.* bien entendida no es contraria á estos principios. Trátase en ella de si un mandatario á quien se habia encargado la compra de una heredad, despues de haberla comprado y puesto al mandante en su posesion, debia estar de eviccion á este; respóndese que no, y que debe bastarle al mandante que el mandatario le haya puesto en posesion de la finca que compró por su orden, que le haya cedido les acciones que resultan del contrato contra el vendedor, y que haya puesto en este negocio todo el cuidado que requeria, para procurar al mandante todas las seguridades á que podia aspirar: el mandante nada mas puede pedir al mandatario, porque dice la ley, esto es todo cuanto la buena fé exige del mandatario, y que solo puede exigírsele lo que la buena fé requiere: *Non amplius quam bonam fidem præstare eum oportet qui procurat*: He aqui el verdadero sentido de estas palabras. No quieren ellas decir que le baste, como al depositario, no pecar por malicia, y que no debe responder de la falta de cuidado, porque al encargarse del negocio promete implícitamente poner en él todo el cuidado necesario, y por consiguiente la *buena fé* en este caso le obliga á cumplir con su obligacion y emplear el esmero prometido, siendo por lo mismo responsable de los perjuicios que por falta de dicho cuidado hubiese irrogado. Asi dice dicha ley que si el mandatario no hubiese tenido cuidado en procurar al mandante las seguridades que debia procurarle contra el vendedor, seria responsable de esta falta; *Si culpa caveri non curaverit, condemnabitur. d. l.* §. 1.

47. El mandatario es responsable no solo de toda culpa *in committendo*, sino tambien de las que consisten *in omittendo*.

Ejemplo: Si aquel á quien encargué todos mis negocios, y á quien habia enviado al efecto mis escrituras, me hubiese hecho perder todos mis créditos no cuidando de renovarlos cuando debian serlo, ó no oponiéndose á la ejecucion de los bienes hipotecados para la seguridad de los mismos, no cabe duda que deberia responder de los perjuicios que esto me acarrease.

48. Si el mandatario no tuviese habilidad y conocimientos necesarios para la gestion de los negocios de que se encargó, ¿seria responsable de los perjuicios que por este motivo causase con la gestion del negocio? La razon de dudar es que á nadie puede exigirse lo imposible. La razon de decidir que es responsable, consiste en que si bien no debe exigirse al mandatario una habilidad que no tiene, porque esto seria exigirle un imposible; puede sin embargo exigírsele que consulte y mida sus fuerzas antes de encargarse de un negocio que es superior á ellas. Su culpa, pues, está en no haber consultado hasta donde alcanzaban sus conocimientos y habilidad, al encargarse de un negocio que sabia ó debia saber que no podia ejecutar debidamente. Luego será responsable de los perjuicios ocasionados al mandante aceptando ese encargo, y haciendo ostentacion de una habilidad que no tenia. Queriendo al parecer prestar un servicio al mandante, le ha engañado, puesto que este hubiera podido ó bien ejecutar por sí mismo el negocio, ó por medio de otra persona capaz, á no haber contado sobre la promesa de ese mandatario imprudente.

49. Lo que antes dijimos sobre que el mandatario es responsable de todas las faltas, que cometa en la gestion del negocio, cualesquiera que ellas sean, no debe tomarse en el sentido de que indistintamente y en toda clase de negocios deba poner el esmero de que son capaces los hombres mas diligentes y activos, y que siempre debe responder *etiam de levissima culpa*: sino que debe entenderse que está obligado á poner todo el cuidado, toda la habilidad que la naturaleza del negocio requiera, siendo por lo mismo responsable de cualquiera falta que cometa en la gestion, por ligera que esta falta sea, pero no indistintamente sino segun la naturaleza del negocio. Cuando el negocio encargado requiera por su naturaleza el mayor esmero, la mayor atencion, entonces el mandatario será responsable hasta de *levissima culpa*: pero si

por el contrario el negocio no requiriese mas que un cuidado regular, bastará que el mandatario ponga ese cuidado, y solo responderá de *levi culpa*.

Deben asi mismo tomarse en consideracion las circunstancias. Si una persona poco ducha lejos de ofrecerse *motu proprio*, solo se hubiese encargado del negocio cediendo á las repetidas instancias de su amigo al ver que este no podia ejecutarlo ni por sí ni por otra persona; en tal caso solo podria exigirse á ese mandatario aquella habilidad y diligencia de que es capaz.

50. Respeto de los casos fortuitos y accidentes de fuerza mayor, jamas debe responder de ellos el mandatario, *l.* 13, *cod. mand.*

No obstante si el mandatario se hubiese sujetado expresamente á ellos, este pacto seria válido; y deberia responder de los mismos.

Ejemplo: Yo propuse á un amigo que conduciria sus lanas junto con las mias á una feria para venderlas por junto; él me respondió que preferia venderlas, aunque fuese á menor precio, á los negociantes que pasan á comprarlas en los mismos cortijos, porque temia que al volver de la feria no me asaltasen los ladrones y robasen el dinero. Insisto en que esto es un terror pánico, y que yo respondo de todo contratiempo: en vista de lo cual él me entrega sus lanas para llevarlas á la feria, diciéndome que solo lo hace, porque yo le respondo de todo contratiempo. Este pacto es válido, y si el lance se verifica, y se me roba el dinero, deberé pagar á mi amigo el precio de sus lanas: *l.* 39, *ff. mand.*

Por el contrario el mandatario puede estipular que no será responsable de las faltas que pueda cometer en la ejecucion del mandato. Pero cualesquiera que sean los pactos, nunca podrá faltar impunemente á la buena fé; *l.* 27, §. 3, *ff. de pact.*

ARTICULO III.

DE LA OBLIGACION QUE TIENE EL MANDATARIO DE DAR AL MANDANTE CUENTA DE SU GESTION, Y DE ENTREGARLE LO QUE TENGA RELATIVO A ELLA.



§. I.

De las cuentas que debe dar el mandatario.

51. El mandatario se obliga por este contrato á dar cuentas de su gestion al mandante.

En el capítulo de cargo debe notar todas las cantidades ó cosas que haya recibido provenientes de la gestion. Si por culpa las hubiese dejado perecer, vendria de su cuenta en lugar de esas cosas la cantidad en que se justipreciasen los daños y perjuicios resultantes de la pérdida de las mismas.

Si por culpa suya hubiesen sido deterioradas en términos que no fuesen de recibo, será responsable de la misma cantidad de que lo seria, si hubiesen enteramente perecido, en cuyo caso podrá retenerlas por su cuenta.

Son asi mismo cargo para el mandatario no solo las cantidades ó cosas que hubiese percibido, sino tambien las que debiera haber percibido, y que no percibió por su culpa. En este sentido serán cargo contra él las daños y perjuicios que experimente el mandante á causa de no haber percibido el mandatario tales cosas por su culpa.

Por mas que en el mandato de vender sin expresar á quien, se señalase el precio á que queria el mandante que se vendiese la cosa, el mandatario que la hubiese vendido por el precio señalado, seria responsable de todo cuanto la hubiese podido vender mas cara, si se justificase que habria podido venderla por mayor precio á un buen comprador; porque en el mandato de vender por una cierta cantidad debe sobreentenderse, *ó mayor*, *si es posible*; de la propia suerte que en el mandato de comprar por cierta cantidad se sobrentiende, *ò menor*, *si es posible*.

Entran tambien en el cargo los frutos percibidos de las cosas que tiene provenientes del mandato, como tambien el precio de los que debiera haber percibido, y no percibió por su culpa.

Debe asi mismo abonar el valor de los frutos que habria podido percibir de las cosas que podia obtener, y no obtuvo por su culpa, á no ser que ese valor vaya comprendido en la estimacion de los daños y perjuicios resultantes de que no haya obtenido por su culpa las referidas cosas.

Finalmente son cargo para el mandatario los deterioros que hubiera causado por su culpa en los bienes ó cosas que administró.

52. Un procurador *universorum bonorum* ¿ podrá pretender que los perjuicios que haya ocasionado al mandante en un negocio, sean compensados con las grandes ventajas que con su esmero y habilidad le ha procurado en otros?

Las leyes romanas ponen esta cuestion respeto de un asociado, y deciden que este en tal caso no podia pretender esa compensacion, porque debia ya sus cuidados é industria á la sociedad; *Trat. de la soc. n.* 125. La misma razon hay para decidir esta cuestion contra el mandatario, quien debe poner tanto como un asociado, todo su cuidado y habilidad en la gestion de los negocios de que se ha encargado. Verdad es que parece que la gratitud debe hacer que el mandante admita la compensacion; pero la gratitud solo produce una obligacion imperfecta que no puede dar derecho al mandatario para exigir dicha compensacion.

Nuestra opinion es la de la Glosa. Algunos doctores citados por Brunneman, *ad. l.* 4, *cod. mand.*, están por la contraria, y creen que debe admitirse la compensacion. Fúndanse en la ley **11**, *ff. de usur.*, que decide que cuando el administrador de los caudales de un pueblo coloca una parte de ellos á un interes menor que el comun y ordinario, y el resto á un interes mayor, de manera que computados unos con otros vienen á resultar los intereses comunes y regulares, no debe hacérsele cargo al tal administrador por haber exigido de una parte de los caudales un interes menor del regular.

A esto se responde que en la especie de la ley que se opone, la vigilancia que ha empleado el administrador para aprovechar las ocasiones favorables á fin de colocar el dinero á un interes mas crecido que el ordinario, hace presumir que cuando colocó una parte á un interes menor, fué por no haber podido conseguir mayor ventaja, y por consiguiente no puede culpársele. Por esto la indicada ley no puede aplicarse á nuestra cuestion en que se supone

que el mandatario causó verdaderamente por culpa suya en un negocio algunos perjuicios al mandante.

53. Las cuentas del mandatario deben tambien comprender un capitulo de data, donde deberá notar todas las cantidades que hubiese anticipado para la ejecucion del mandato.

Las partidas de data no le serán abonadas sino en cuanto fuesen razonadas y oportunas. Asi es que si el negocio no requeria tales adelantos, ó si hubiese podido verificarse con menos gastos, dichas partidas deberán ser rechazadas, ó reducidas á la cantidad que se conceptue justa.

Los gastos de los viages que el mandatario haya debido emprender para la ejecucion del mandato, deben serle abonados.

54. Disputan los doctores en cuanto á esto, si un mandatario puede cargar en la data todo cuanto haya gastado durante el viage, ó solo lo que haya gastado de mas de lo que habria gastado, si hubiese permanecido en su casa. Brunneman *ad. l.* 10, §. 3, *ff. mand.*, cita muchos doctores que deciden que no puede cargar en la data mas que este exceso de gastos; porque el mandatario, dicen, solo puede pedir el reembolso de lo que le cuesta su encargo, *id tantum quod ei abest ex causa mandati.*, ahora bien en rigor no puede decirse que por causa del mandato haya gastado nada sino aquello que gastó en el viage de mas de lo que habria gastado en su casa. Sin embargo nunca se vé en la práctica que se le trate con tan extremado rigorismo, abonándosele siempre lo que gasta en el viage sin descontarle lo que hubiera gastado permaneciendo en su casa.

La misma cuestion puede presentarse respeto del contrato de sociedad.

55. Algunas veces debe añadirse á la cuenta del mandatario un capítulo á parte que contiene el descargo de ciertas cantidades incluidas en la partida de cargo, como que estaba obligado á cobrarlas, y que sin embargo no ha podido cobrar, ya sea por insolvencia de los deudores, ya por cualquiera otra causa que no pueda achacarse á culpa del mandatario.

56. Unida la suma de este capítulo á la de la data se deduce el total de suma de cargo, y lo que resta es lo que el mandatario debe al mandante.

Debe ademas los intereses de esta resta desde el dia en que incurriò en demora de pagarla, aun cuando las partidas de que se

compone el cargo, fuesen pensiones de censos ó intereses debidos al mandante por sus deudores. Porque aunque ni las pensiones ni los intereses deben produir otros intereses respeto de las personas que los deben, sin embargo en la persona del mandatario que los cobró forman un capital que puede producir intereses: *l.* 10, §. 3, *ff. mand.*

57. Si la suma de los dos capítulos de descargo y de data excediesen la suma del cargo el mandatario resultaria acreedor de este excedente contra el mandante, y podria reclamarlo en fuerza de la accion *contraria mandati*, de que trataremos en el capítulo siguiente.

§. II.

De la restitucion que el mandatario debe hacer al mandante, de todo cuanto hubiese percibido con motivo de su gestion.

58. La gestion del mandatario en cumplimiento del mandato es un hecho practicado en nombre y representacion del mandante, y por consiguiente todo cuanto el mandatario percibe por razon de la misma, lo percibe en nombre y lugar del mandante, y por lo mismo deberá entregárselo; *l.* 20, *ff. mand.*

No obstante si fuesen cantidades de dinero lo que el mandatario percibió, podrá compensarse y retener de las mismas el equivalente de las que hubiese desembolsado, y solo deberá entregar el resto, segun vimos en el párrafo anterior.

59. Si lo que el mandatario percibió con la gestion fuesen cuerpos ciertos, deberá entregarlos al mandante á tenor de este mismo principio.

Ejemplo: Si yo hubiese encargado á alguno que me comprase una cosa determinada, el mandatario que en cumplimiento de mi encargo la hubiese comprado y entrado en su posesion, deberá entregármela, aun cuando hubiese hecho la compra en su nombre; *l.* 28, §. 10, *ff. mand.*

Nótese sin embargo que el mandatario está obligado á entregar al mandante los cuerpos ciertos y determinados que recibió en virtud de la gestion, únicamente en cuanto el mandante le reintegre precisamente los fondos que hubiese adelantado; mientras

que esto no se verifique, podrá el mandatario retener dichas cosas como en prenda.

60. Segun este mismo principio en virtud del cual nada debe quedarle al mandatario de la gestion, si el mandatario por los contratos verificados en cumplimiento del mandato hubiese adquirido algunos derechos y acciones contra un tercero, deberá cederlos y traspasarlos al mandante; *d.* §. 10.

ARTICULO IV.

DE LA ACCION QUE NACE DE LAS OBLIGACIONES DEL MANDATARIO.

61. De la obligacion que contrae el mandatario por este contrato, nace la accion *mandati directa* que compete al mandante contra el mandatario al objeto de que en el caso de haber el mandatario faltado á la ejecucion del mandato de que se encargó, sin una causa ó impedimento justo, sea condenado á tener que satisfacer al mandante los daños y perjuicios que hubiese sufrido por esta falta de cumplimiento, segun vimos en el artículo primero; y en el caso de haber ejecutado el mandato sea condenado á dar cuentas al mandante y á entregarle lo que por causa de la gestion tenga, segun se dijo en el artículo anterior.

Llámase *directa* esta accion, por cuanto la obligacion del mandatario de que ella nace es la obligacion *mandati directa*, es decir, la obligacion principal, necesaria de este contrato sin la cual no puede haber ni concebirse el mandato, porque imposible es concebirlo sin que el mandatario se obligue á ejecutar el mandato y á dar cuenta de esta ejecucion.

62. El mandante podrá entablar esta accion, por mas que el negocio objeto del mandato no sea de su propio interes sino de un tercero; porque habiendo encargado este negocio al mandatario, se constituye por este hecho responsable de su gestion para con dicho tercero, y por consiguiente tiene interes en obligar al mandatario á dar cuentas á fin de que él á su vez pueda darlas al tercero á quien el negocio interesa; *l.* 8, §. 3, *ff. eod.*

Aunque esta ley habla solo del caso en que el mandante fuese á la vez mandatario respeto del tercero, deberá sin embargo decidirse lo mismo, aun cuando no hubiese mediado el mandato de este; porque por el mero hecho de encargar yo el negocio de un extraño, me constituyo responsable de su gestion *actione negotiorum gestorum*.

63. Si fuesen muchos los mandatarios que se hubiesen encargado de un negocio, la accion que nos ocupa, podrá entablarse solidariamente contra cada uno de ellos; *l.* 60, §. 2, *ff. eod.*

Automno hablando de este párrafo, pretende haber sido derogado por la novela 99. Pero Domat, en sus *leyes civiles lib.* 1, *tit.* 15, *secc.* 3, *n.* 13, lo considera en vigor, y yo tambien soy del mismo dictámen. Verdad es que dicha novela decide que entre muchos deudores nunca debe presumirse la voluntad de obligarse solidariamente, sino que debe expresarse asi; pero esta disposicion no ha de extenderse á aquellas obligaciones que son solidarias por la naturaleza misma del contrato, como lo es la que contraen dos mandatarios que se encargan juntos de la gestion de uno ó de muchos negocios. No habiéndose repartido la gestion y encargado cada uno de ellos de la misma por entero, de necesidad debe entenderse que se obligaron solidariamente. (1)

64. Esta accion pueden intentarla no solo el mandante sino tambien sus herederos, y no solo contra el mandatario sino tambien contra sus herederos; porque aun cuando el mandato se acaba con la muerte del mandatario sin que sus herederos le sucedan en la obligacion de cumplirlo, cuando el mandatario muere antes de haber incurrido en demora y de haber tenido ocasion para verificarlo; no obstante si el mandatario no hubiese muerto hasta despues de haber ejecutado ó empezado á ejecutar el mandato ó despues de haber incurrido en demora respeto de esto, sus herederos le suceden en la obligacion de dar cuentas, ó en la de pagar los daños y perjuicios resultantes del retardo que puso el difunto en la ejecucion.

65. Por derecho romano la *accion mandati directa* era de las que se llamaban *famosæ*, porque la condena que dicha accion motivaba contra el mandatario por razon de una malversacion en el desempeño del mandato, ó por negarse á dar cuentas de lo

---

(1) La ley 10, tit. 1, lib. 10, Nov. Rec. requiere tambien como la novela romana que haya voluntad expresa para que pueda entenderse que dos ó mas se obligan solidariamente: pero á pesar de esto creemos que deberia aplicarse en España la opinion de nuestro autor respeto de dos ó mas mandatarios encargados de unos mismos negocios. *N. de los edit.*

percibido, le irrogaba de pleno derecho infamia. Esto no tiene lugar entre nosotros.

66. Por esta accion no tiene el mandante hipoteca sobre los bienes del mandatario, por mas que el mandato se hubiese verificado por escritura pública y solemne; porque no es por esta escritura en la cual no ha intervenido el mandatario, por lo que se obliga, sino por la aceptacion; asi es que para obtener un derecho hipotecario seria preciso que esta aceptacion se celebrase ante escribano, y se registrase la escritura.

CAPITULO III.

DE LAS OBLIGACIONES DEL MANDANTE, Y CUANDO SE ENTIENDE QUE EL MANDATARIO HA OBRADO DENTRO DE LOS LÍMITES DEL MANDATO, Ó SE HA EXCEDIDO.



67. El mandante se obliga en fuerza del mandato á reintegrar al mandatario las cantidades que hubiese anticipado, y á sacarle libre de las obligaciones que para la ejecucion del mandato hubiese contraido. Hablaremos de esta obligacion y de la accion que de ella nace en la seccion primera. En la segunda trataremos de las obligaciones que contrae el mandante en favor de terceras personas con las cuales hubiese contratado el mandatario en cumplimiento del mandato.

Como el mandante solo se obliga para con el mandatario y con las terceras personas con las que este contrató, en cuanto el mandatario obró dentro de los límites del mandato; examinaremos en la tercera seccion, cuando se entiende haber respetado dichos límites ó haberse excedido de ellos.

SECCION I.

DE LA OBLIGACION QUE CONTRAE EL MANDANTE DE INDEMNIZAR AL MANDATARIO.

68. El mandante está obligado á reintegrar al mandatario lo que este hubiese tenido que desembolsar, y á sacarle indemne de

las obligaciones que hubiese tenido que contraer en cumplimiento del mandato.

Esta obligacion se llama *mandati contraria*, porque no es la principal del contrato, sino incidental, á la que dan lugar despues del contrato los gastos que el mandatario hubiese tenido que hacer. No es esencial á este contrato, puesto que hay mandatos que pueden ejecutarse sin que el mandatario anticipe un solo maravedí, y sin que tenga que contraer obligacion alguna.

La obligacion de indemnizar al mandatario consiste, 1º. en reintegrarle todo cuanto hubiese tenido que anticipar para realizar el contrato, 2º. en sacarle indemne de las obligaciones que con el mismo objeto hubiese contraido en favor de terceras personas.

ARTICULO III.

DE LA OBLIGACION DE REINTEGRAR AL MANDATARIO.

Paraque tenga lugar esta obligacion es necesario, 1º. que el mandatario haya anticipado alguna cosa, 2º. que la haya anticipado *ex causa mandati*, 3º. que la haya anticipado sin culpa alguna de su parte, *inculpabiliter*.

§. I.

Es necesario que el mandatario haya anticipado alguna cosa.

69. Esto es evidente. La obligacion de reembolsar al mandatario supone necesariamente un desembolso por su parte.

Ejemplo: Si hubiese comprado alguna cosa por orden de Juan y pagado el precio con mi dinero, estará él obligado *obligatione mandati contraria* á reintegrarme la cantidad que por esta razon hubiese anticipado: ó bien si hubiese pagado el precio con el dinero que Juan me entregó, empero hubiese tenido que adelantar el coste y derechos del contrato, deberá él reintegrarme estos adelantos; *l.* 12, §. 9, *ff. mand.*

70. Debe reintegrarse al mandatario lo que hubiese adelantado para ejecutar el mandato, aun cuando tuviese accion contra un tercero para hacerselo pagar. En este caso el mandatario solo estará obligado á ceder al mandante esta accion, asi que esté reintegrado.

Ejemplo: Si por orden de alguno hubiese prestado una cantidad de dinero á Pedro, puedo repetirla no solo de Pedro *condictione ex mutuo*, sino tambien del mandante *actione mandati contraria*; *l.* 7, *cod. mand.*

Sin embargo una novela de Justiniano concede á los *mandatores pecuniæ credendæ* la excepcion de excusion, á no ser que hubiesen renunciado á ella.

71. El mandatario debe ser reintegrado no solo cuando fuese dinero lo que hubiese tenido que adelantar, sino tambien cuando para el negocio encomendado hubiese empleado cualquiera otra cosa suya; en cuyo caso deberá pagársele el precio de esta cosa á tenor del valor que ella tenia al tiempo de emplazarse al mandante. Asi lo decide Africano; *l.* 37, *ff. mand.* con el siguiente

Ejemplo: Tu te constituiste deudor de un esclavo que no te pertenecia, y yo por orden tuya me constituí fiador de esta obligacion, y hallándome ser dueño del esclavo lo entregué por ti en cumplimiento de la obligacion que habia afianzado. En este caso decide aquel jurisconsulto que me deberás el precio que tenia el esclavo al tiempo de entregarlo al acreedor, importando muy poco que despues se hubiese deteriorado y aun muerto.

72. Si me hubieses mandado constituirme fiador tuyo para con Pedro por mil duros, por ejemplo, y satisfacer despues esta cantidad, y yo en cumplimiento de este mandato hubiese inducido á Pedro á aceptar por deudor en tu lugar á Diego que me debia igual cantidad que le delegué; cuando se promueva entre nosotros la cuestion sobre lo que debes reintegrarme, por mas que mi crédito de mil duros contra Diego debiese considerarse de mucho menor valor á causa de sus escasas facultades, deberás no obstante pagarme entera la cantidad de mil duros, porque tu acreedor al aceptar la delegacion de este cérdito lo convirtió en bueno, ya que te aprovechó tanto como si Diego hubiese nadado en la riqueza; *l.* 26, §. 2, *ff. eod.*

73. Al mandatario debe reintegrársele todo lo que hubiese adelantado por razon del negocio de que se encargó, tanto si lo hubiese adelantado él mismo, como si lo hubiese hecho otro en su nombre, aun cuando este tercero hubiese hecho el adelanto en mero obsequio del mandatario, y sin pretender por ello repeticion alguna; porque basta que el adelanto haya sido hecho en

nombre del mandatario, paraque este pueda pedir el reintegro; *l.* 12, §. 1, *eod.*

Esta decision no es contraria al caso que poco antes propone y decide la misma ley acerca de que aquel que por tu orden se constituyó fiador de tu acreedor, y á quien este hizo condonacion de la deuda por mera liberalidad, no puede exigirte nada *actione mandati contraria*, por cuanto nada desembolsó ni le costó nada el cumplir con el mandato. Estas dos especies son muy diferentes. En la última el mandatario nada ha pagado; pero en la anterior cuando un amigo de tu mandatario que se constituyó fiador por tí, paga en nombre de este mandatario y á sus ruegos la cantidad de que se constituyó fiador, por mas que con este pago solo pretenda hacer una donacion á dicho mandatario, basta que haya pagado en nombre de este paraque pueda decirse con verdad que fué el mandatario el que pagó, porque *qui mandat solvi, ipse solvere videtur*; *l.* 56, *ff. de solut.*; y paraque á consecuencia pueda dirigirse contra ti y exigirte el reintegro *actione mandati contraria*. No podrás objetarle que nada le ha costado la ejecucion del mandato; porque el pago hecho en nombre suyo por su amigo encierra *fictione brevis manus* dos tradiciones, una por la cual el amigo del mandatario se supone entregar á este la cantidad que ha de pagarse, y la otra por la que se supone que el mandatario la satisfizo en seguida á tu acreedor. Asi es que tu mandatario siempre podria replicarte que la ejecucion de tu mandato le cuesta la cantidad que su amigo le donó, puesto que con ella satisfizo á tu acreedor.

Aun cuando el amigo de tu mandatario hubiese verificado el pago en nombre de este sin que el se lo hubiese pedido, tendria que decidirse lo propio; porque ratificado el pago por el mandatario seria lo mismo que si hubiese sido hecho á instancias suyas: *Ratihabitio mandato comparatur*; *l.* 12, §. 4, *ff. de solud.* Por lo tanto se reputa siempre que tu mandatario verificó el pago hecho por otro en su nombre, y tendrá de la propia suerte la accion *mandati contraria* para hacerse reintegrar.

No importa que el mandatario ú otro por él haya desembolsado y satisfecho realmente una cantidad en cumplimiento del mandato, ó que haya sido pagada por compensacion.

Ejemplo. Si tu mandatario á instancias tuyas se hubiese constituido fiador á favor de Diego acreedor tuyo, por una cantidad de mil pesos, y Juan á quien Diego debia una cantidad igual, para

agradecer á tu mandatario un beneficio recibido hubiese convenido con Sempronio que la cantidad que este le debia fuese compensada con aquella de que era responsable tu mandatario por razon de la fianza prestada; tu mandatario podrá dirigirse contra tí exigiendo que le reintegres la cantidad que Juan pagó en lugar suyo á Diego por medio de la compensacion en cumplimiento de tu mandato; porque es lo mismo que si Juan hubiese realmente satisfecho la deuda por orden y en nombre de tu mandatario; *l.* 26, §. 3, *ff. mand.*

Segun este mismo principio, decide Uipiano que si tu acreedor en recompensa de los servicios que tu fiador le hubiese prestado le hiciese condonacion de la cantidad que por tu orden habia afianzado; dicho fiador podrá exigirte por medio de la accion *mandati contraria*, que le satisfagas aquella cantidad que debe reputarse haber pagado en cumplimiento de tu mandato por medio de la compensacion verificada con la retribucion que por su servicio se le debia; *l.* 10, §. *fin*, *ff. eod.*

Si la cóndonacion hecha por el acreedor por mas que fuese en consideracion á la persona del fiador, no hubiese sido otorgada en recompensa de servicios, sino pura y simplemente, decide Ulpiano que el fiador no podrá reclamar nada del mandante; *l.* 12, *eod.* La razon de esto es que en tal caso el acreedor nada recibió, el fiador nada desembolsó, *nihil ei abest.*

De otra suerte seria, si el acreedor al hacer la condonacion declarase que la hacia en favor del fiador únicamente, y bajo la condicion de que á este solo aprovechase la condonacion. El fiador tendria entonces la accion *mandati contraria* para pedir que el mandante le satisfaciese la cantidad condonada; porque en tal caso puede decirse con verdad que el fiador empleó en la solucion de la deuda y por consiguiente en el cumplimiento del mandato la cantidad que quiso condonarle el acreedor que se dió por satisfecho de la deuda: luego el mandante debe reintegrarle esta cantidad; de otra suerte perderia el efecto de la donacion que el acreedor quiso hacerle; *eatemus abesset fidejussori, quatenus efectu donationis in ipsum á creditore collatæ privaretur.*

Esta excepcion que ponemos á la decision de Ulpiano en la ley 12, está sacada del mismo Ulpiano, quien en la ley 10, §. *fin. eod.* decide que el fiador tiene la accion *mandati contraria*, cuando el acreedor lega á favor del mismo la condonacion de la deuda. La

diferencia que pone Ulpiano entre la especie de la ley 10, §. *fin.* y la de la ley 12, solo puede proceder de que al hacer al acreedor al fiador un legado de la condonacion que otorgaba de la deuda, declara suficientemente que es su voluntad que solo el fiador se aproveche de la cantidad donada; cuando por el contrario no siendo los actos entre vivos susceptibles de interpretacion extensiva, si el acreedor hiciese la condonacion de la deuda por un acto de esta naturaleza, por mas que aparezca que la hace por amistad y en obsequio del fiador, no por esto dejará de reputarse hecha á favor de todos aquellos que eran responsables de la deuda condonada. No puede suplirse en un acto de donacion la claúsula de que ella solo se hace á favor del fiador, y que solo él se aproveche de la misma, si el acreedor no lo dice expresamente; empero si asi se expresase, no puede negarse al fiador la accion *mandati contraria* para reclamar la cantidad condonada, de la propia suerte que no podria negársele si la condonacion le hubiese sido legada, *si ei liberationem legavit*, como dice la ley 10.

Nótese que ademas de la accion *mandati* tendrá el fiador en este último caso la accion *ex fideicomisso*; porque al hacer el acreedor la condonacion bajo la condicion de que solo el fiador se aprovechase de ella, se entiende que ha gravado al deudor principal con el *fideicomiso* de entregar dicha cantidad al fiador. Es un principio de derecho, que puede gravarse con *fideicomiso* á un deudor en cuanto alcanza la cantidad que adeuda, y de la que con este objeto se le hace condonacion, *l.* 77, *ff. leg.* 1°.

Ulpiano trae aun otro caso en la ley 10, §. *fin.*, en que decide que el fiador tiene la accion *mandati* por razon de la cantidad condonada por el acreedor; tal seria el caso en que la condonacion hubiese sido hecha en virtud de una donacion *mortis causa* que hubiese otorgado el acreedor al fiador. En este caso hay una razon mas que en las especies anteriores para conceder al fiador la accion *mandati*. En efecto puede decirse entonces que el fiador pagó en cierta manera la deuda al acreedor, por razon de la obligacion que contrae á favor de este de devolverle la cantidad condonada en caso de sobrevivir ó mudar de voluntad el acreedor. *Accepisse videtur creditor,* dice Cuyacio, *quatenus ei fidejussor se obligavit; et fidejussor videtur solvisse, quatenus creditor videtur accepisse.*

§. II.

Es preciso que lo que el mandatario satisface, lo satisfaga ex causa mandati

74. Se entiende que el mandatario ha desembolsado *ex causa mandati* no solo la cantidad cuyo pago principal y expresamente se le encargó; sino tambien por regla general todo cuanto haya tenido que anticipar para realizar el negocio que se le encargó.

Ejemplo: Si alguno se constituyó fiador á instancias tuyas por una cierta cantidad que tuvo que satisfacer por tí; deberás reintegrarle no solo esta cantidad sino tambien todo lo demas que hubiera tenido que anticipar, como el coste de la escritura de fianza, de la ápoca, el descuento del cambio por razon del giro á fin de que el acreedor recibiese la cantidad en el lugar que habia de satisfacérsele; *l.* 45, §. 6, *ff. mand.*

75. Tambien se entienden sufridas *ex causa mandati* y deben ser indemnizadas las pèrdidas que el mandatario sufrió, y de que fué causa inmediata el negocio encomendado.

Ejemplos I. Si un mandatario hubiese sido robado por un esclavo que le hubieses encargado expresamente que te comprase sin advertirle que era ladron; decide Africano que deberás indemnizarle esta pérdida, por mas que ignorases la mala calidad del esclavo, puesto que el mandatario podria alegar muy fundamente, *non fuisse id dammum passurum si mandatum non suscepisset: l.* 61, §, 5, *ff. de furt.* Aunque se añade en el parrafo 7, que esto tendrá lugar, mientras por parte del mandatario no haya mediado culpa alguna.

II. Segun estos principios si habiendo sabido que uno de mis hijos, joven de malas costumbres, habia ido á tu casa, te hubiese suplicado que lo retuvieses hasta que yo mandase por él; y mientras tu lo detienes por mi orden en tu casa, te roba algo ó te causa algun daño sin que por parte tuya medie la menor culpa, tales pérdidas las sufres por causa del mandato, y por consiguiente yo deberé indemnizartelas.

En esto se parece absolutamente el mandatario á un consocio encargado de verificar un negocio de cuenta de la sociedad: para

uno y ot romedian razones iguales. V. *trat, del contr. de socied, n.* 128.

76. Es preciso sin embargo atender en gran manera si la pérdida que sufren al consocio y el mandatario, es tal que la gestion del negocio haya sido verdaderamente su causa, ó si solo fué la ocasion porque en este último caso ninguna indemnizacion se deberia al mandatario ni al consocio.

Ejemplo: Asi es que si un mandatario hubiese sido acometido y robado por una cuadrilla de bandoleros en un viaje que hacia para realizar el negocio de que se habia encargado; claro está que la gestion del negocio no fué mas que la ocasion, no la causa de las pérdidas que el mandatario sufrió con este robo *nam hæc magis casibus quam mandato imputari debent*; *l.* 26, §. 6, *ff. mand.*

Sin embargo esta misma especie con corta diferencia tiene una explicacion y decision muy contrarias en la ley 52, §. 4 *ff, pro soc*

Para conciliar estas dos leyes, creo que debe suponerse que en la especie de la ley 53, §. 4, el lugar en que el consocio fué acometido y robado, era un lugar infestado de ladrones y sumamente expuesto por el cual el consocio no se habria atrevido á pasar á no haberle precisado á ello el negocio que se le habia encargado; en este caso el riesgo que tenia que correr al pasar por este camino, era dependiente, inseparable de la gestion del negocio. Esta gestion es la causa de haber corrido este riesgo á que de otra suerte no se habria expuesto; y ella es por consiguiente la causa de las pérdidas y daños que por esta razon sufre, de los cuales debe ser indemnizado.

Por el contrario en la especie de la ley 26, §. 6, *ff. mand.* debe suponerse que el lugar en que el mandatario fué acometido y robado, al hacer el viage á que la gestion del negocio le obligaba, no ofrecia peligro conocido, y que con tanta seguridad podia pasarse por allí como por cualquiera otro lugar. Asi pues al pasar por el lugar en que fué robado, y á que le conducia el negocio encargado, no puede decirse que corriese un riesgo especial por la gestion del negocio, sino que corria el mismo que podia correr en cualquier otro viaje á paseo. Asi dice dicha ley 26, *hoc magis casibus imputari oportet*; es decir, que el robo fué una mera contingencia que no podia preverse ni calcularse.

Es de observar sin embargo que en este último caso si el mandatario que fué herido y robado en el viaje que hacia para cum-

plir el mandato, fuese un pobre hombre á quien hubiese hecho el encargo un rico, por mas que por parte del mandante no medie una *obligacion perfecta* de indemnizar esta pérdida, exigen no obstante que asi lo haga la humanidad y el buen parecer.

La misma distincion debe hacerse en caso de un naufragio. Si este acaeciese en una travesia que el mandatario acostumbraba hacer por sus propios negocios; no podrá decirse que la ejecucion del mandato sea la causa de la pérdida que el naufragio le acarrea fué solo la ocasion de la misma: *Hoc casibus imputari oportet.* Pero si el naufragio acaeciese en el curso de una navegacion á cuyos riesgos se expuso el mandatario solo para cumplir con el mandato; en tal caso debe considerarse la gestion como la causa de la pérdida sufrida, la cual por consiguiente será indemnizada por el mandante.

Debe tenerse presente que siempre y cuando esta indemnizacion tenga lugar, deberá solo extenderse á los efectos y valores que para cumplir con el mandato tenia el mandatario que traer consigo; si traia muchas otras cosas que no necesitaba para el viage, no podrá pedir por estas indemnizacion alguna. *V. trat. del contr. de soc. n.* 129.

77. Ofrécese otra cuestion sobre si cuando la gestion del negocio ocupa de tal suerte todo el tiempo al mandatario, como que no le queda espacio para atender á sus negocios, podrá pedir la indemnizacion de las pérdidas que en sus negocios experimente á causa de no poderlos atender. La razon de dudar en este punto es que siendo la ocupacion que el mandato imponia al mandatario, tan fija y tan constante que no le permitia cuidar de sus negocios, parece que el mandato es la causa de tales pérdidas. No obstante opino que para ellas no habrá lugar á la indemnizacion; porque su causa principal no está tanto en la gestion del mandato *in se*, como en la temeridad del mandatario que se encargó de un negocio que sabia que no podria realizar sin detrimento de sus cosas. El mandante habria podido tal vez encontrar una persona que tuviese tiempo de sobras para cumplir el mandato, ó de lo contrario ejecutar el negocio por sí mismo.

§. III.

Es necesario que el mandatario no haya dado lugar por culpa suya á los anticipos que haya tenido que hacer.

78. Ejemplos de este principio se encontrarán en el *trat. de las oblig. part.* 2, *cap.* 6, *secc.* 7, *art.* 1, §. 3, con relacion á los fiadores.

Asi como el mandatario no debe ser reintegrado de los anticipos que hubiese hecho por su culpa, cuando podia dejar de hacerlos; asi tambien cuando por su culpa gastó demasiado pudiendo realizar el mandato con menos gastos, deberá solo reintegrársele lo que era buenamente necesario para cumplir con el mandato.

Ejemplo: Si aquel que por orden de un amigo se constituyó fiador suyo en una deuda de una cantidad de trigo, hubiese satisfecho esta deuda entregando trigo de la mejor calidad pudiendo satisfacerla con otro inferior y mas barato; solo deberá reintegrársele el valor que tenia el trigo inferior al tiempo de la solucion; *l.* 52, *ff. mand.*

No obstante si el mandatario se hubiese encontrado en circunstancias tales, que no hubiese podido hacer otra cosa que la que hizo, como si en la especie propuesta no hubiese tenido otro trigo diferente que el que pagó; no puede culpársele, y no deberá escatimarse la indemnizacion, aun cuando el mandante ú otro mandatario hubiese podido ejecutar el mandato á menos costa; *l.* 26, §. 4, *eod.*

79. El mandante debe satisfacer al mandatario todos los anticipos que haya tenido que hacer para llevar á cabo el negocio que le encargó, por mas que este negocio haya tenido mal resultado, con tal que no tenga en ello culpa alguna el mandatario, *l.* 1, *cod. mand.*

Por la misma razon aun cuando el mandatario no haya podido llevar á cabo el negocio, con tal que no fuese por culpa suya; deberán reintegrársele todos los gastos hechos: *l.* 56, §. 4, *ff. eod.*

ARTICULO II.

DE LA OBLIGACION QUE CONTRAE EL MANDANTE DE SACAR AL MANDATARIO LIBRE DE LAS OBLIGACIONES QUE HUBIESE CONTRAIDO EN CUMPLIMIENTO DEL MANDATO.

80. El mandante debe sacar al mandatario indemne de la gestion del negocio que le encargó. Esta indemnidad no consiste únicamente en satisfacerle los adelantos que haya tenido que hacer, sino que para ser ella entera debe el mandatario quedar absolutamente libre de las obligaciones que hubiese contraido con la ejecucion del mandato. Luego el mandante deberá *obligatione contraria mandati* procurarle esta absolucion, con tal que el mandatario haya debido contraer estas obligaciones para la gestion.

El mandante puede cumplir esta obligacion de dos maneras; 1°. presentando el mandatario una escritura en que el acreedor de este le declare libre de su obligacion, y accepte al mandante por su único deudor; 2°. pagando la deuda.

Si el mandante no puede procurar al mandatario la absolucion de sus obligaciones en el primer sentido, porque los acreedores se nieguen á la subrogacion, estará obligado á procurársela de la otra manera, es decir pagando la deuda contraida por el mandatario; *l.* 45, *ff. mand.*

81. Basta que el mandatario haya contraido la obligacion por razon del negocio de que se encargó, y que asi lo exigiese este negocio, paraque el mandante esté obligado á sacarle indemne y libre, aun cuando por algun accidente sobrevenido no hubiese podido aprovecharse de tal obligacion.

Ejemplo: Si hubiese tomado prestado una cantidad de dinero para un negocio que me encargaste, con cláusula expresa de que el préstamo era para la gestion de dicho negocio que exigia grandes adelantos, y antes de poder emplear la cantidad prestada me hubiese sido robada; en tal caso por mas que no la haya invertido en el negocio, ni tu hayas reportado provecho alguno del préstamo, deberás sacarme indemne de esta deuda; *l.* 17, *ff. de in rem vers.*

ARTICULO III.

DE LA ACCION QUE NACE DE LAS OBLIGACIONES DEL MANDANTE.

82. De las obligaciones del mandante nace la accion *contraria mandati*, la cual compete al mandatario contra el mandante para hacerse reintegrar los gastos que hubiese anticipado, y para hacerse relevar y absolver de las obligaciones que hubiese contraido en cumplimiento del mandato.

Si el mandatario hubiese recibido el mandato de muchas personas, podrá entablar esta accion solidariamente contra cada uno de los mandantes; *l.* 59, §. 3. Despeisses es de contrario dictámen, y se funda en la cláusula que añade Paulo en dicha ley: *Per condemnationem autem in duorum personam collatam, necessario ex causa judicati singulos pro parte dimidia convenire posse et debere.* Mas esto no quiere decir que la obligacion no fuese solidaria, sino que en caso de que la sentencia no exprese que la condena es solidaria, no podrá dirigirse la ejecucion solidariamente contra cada uno, pues para ello fuera necesario que la sentencia lo expresase.

Por lo demas si hubiese muchos *mandatores pecuniæ credendæ*, tendrán la excepcion de division, como los fiadores; pero deberán oponerla para que les aproveche.

Aun cuando el negocio no interesase mas que á uno de los mandantes, no por esto dejarán de estar obligados solidariamente; *l.* **14**, *cod. mand.*

83. Esta accion solo puede tener lugar contra el mandante y sus herederos. Asi es que si hubiese ejecutado un negocio tuyo, empero no por tu orden sino por la de Pedro, no podré dirigirme contra tí, sino contra Pedro que me lo encomendó; *l.* 21, *ff. eod.*

Sin embargo como Pedro tiene accion contra tí á fin de que le saques indemne de la obligacion que en mi favor tiene contraida por los adelantos hechos en tu negocio, podré no *ex propria persona*, sino como ejerciendo los derechos de Pedro mi mandante y deudor, dirigirme contra tí, *omisso circuitu*, para exigirte el reembolso de los gastos que hubiese anticipado, y de que tu debes responder á Pedro, y Pedro debe responderme á mí.

84. Por lo regular el mandatario podrá intentar la accion *con-*

traria mandati, desde luego que haya hecho algunos adelantos, ó contraido algunas obligaciones en cumplimiento del mandato.

No obstante cuando el objeto principal del mandato es que el mandatario preste caucion en favor del mandante, el mandatario que la hubiese prestado, no podrá por lo regular entablar la accion *contraria mandati* hasta despues de haber pagado, ó de haber sido emplazado para pagar, á no ser en ciertos casos de que hemos hablado en el *Trat. de las oblig. part.* 2, *cap.* 6, *secc.* 7, *art.* 2 *y* 3.

La razon de esto se desprende de la naturaleza particular de tal mandato, cuyo objeto es procurar el mandante crédito y tiempo pera satisfacer la deuda que hace afianzar por otro. El servicio que le presta el mandatario en tal caso, le seria mas bien perjudícial que provechoso, si este pudiese exigirle sobre la marcha que pagase al acreedor á fin de quedar libre de su responsabilidad.

85. El mandante no podrá evadir la accion *mandati contraria* ofreciendo ceder al mandatario todos los beneficios que haya podido ó pueda reportar del negocio objeto del mandato; *l.* 12, §. 9, *ff. mand.*

86. El mandatario tiene en virtud de esta accion un derecho hipotecario sobre los bienes del mandante, cuando el mandato ha sido celebrado por medio de una escritura solemne. Esta hipoteca ¿se entiende desde el dia en que se dió el mandato? No; sino desde que el mandatario aceptó el mandato ó mejor, despues de haber empezado la gestion con algun adelanto, ó con alguna obligacion contraida por razon del negocio que le fué encargado.

Es evidente que el derecho hipotecario no podrá tener lugar antes de la aceptacion del mandato; porque siendo accesorio de una obligacion, no puede tener lugar antes de contraida esta; y como la obligacion del mandante solo se forma con la aceptacion del mandatario, ya que no puede haber contrato sin el concurso de las voluntades de los dos contraentes, es evidente que los bienes del mandante no pueden entenderse hipotecados antes de la aceptacion del mandato por parte del mandatario.

Todavia mas: he dicho y repito, que no puede nacer la hipoteca hasta despues que el mandatario haya empezado su gestion; porque solo desde entonces empieza la obligacion del mandante, fundamento de la hipoteca. No puede decirse que antes de esto

esté obligado el mandante, puesto que le es muy facil no estarlo revocando, como puede, el mandato, segun lo dice muy bien Cayo en otra especie análoga; *l.* 11, *ff. Qui pot. in pign.*

Para sostener que la hipoteca debe empezar desde el dia de la aceptacion del mandato, y antes de la gestion se alega que la ley que acabamos de citar, decide ùnicamente que la obligacion *ex mutuo* no puede tener lugar antes de realizado el préstamo, y por consiguiente tampoco la hipoteca que es accesoria de este contrato.

Mas como el mandato queda formado con la aceptacion del mandatario, parece que desde entonces debe tener lugar la obligacion del mandante, y por consiguiente la hipoteca á ella anexa.

A esto se responde, que es cierto que el contrato de mandato produce la abligacion á favor del mandatario; pero no la produce desde luego, sino *ex post facto*, cuando el mandatario anticipa gastos, ó contrae obligaciones en cumplimiento del mandato, por esto se llama *obligatio mandati contraria ex post facto superveniens*. Antes de esto no hay obligacion alguna por parte del mandante, ni tan siquiera una obligacion condicional, puesto que está enteramente en su facultad no contraer ninguna revocando el mandato. No se diga que la que contrae al tiempo de la gestion del mandato, debe retrotraerse al tiempo en que se formó el contrato, porque esto seria en perjuicio de las otras hipotecas adquiridas en el espacio intermedio.

Aun cuando el mandato no se hubiese otorgado en escritura pública y solemne, el mandatario que en cumplimiento del mismo hubiese anticipado alguna cantidad para reparar y conservar una finca del mandante, tendrá sobre esta finca una hipoteca privilegiada, porque al hacer reparar la finca, trabajó en beneficio de todos los acreedores. En esto se funda la decision de las leyes 5 y 6, *ff. Qui pot. in pign.*

Lo mismo deberia decirse de un mandatario que hubiese pagado con su dinero una heredad que compró para el mandante. No puede negarse una hipoteca privilegiada sobre dicha heredad al que *sumptu suo fecit*, *ut res in bonis debitoris esset*.

SECCION II.

DE LAS OBLIGACIONES QUE CONTRAE EL MANDANTE EN FAVOR DE TERCERAS PERSONAS CON LAS CUALES HUBISSE CONTRATADO EL MANDATARIO EN CUMPLIMIENTO DEL MANDATO.



87. Cuando el mandatario en cumplimiento del mandato y sin traspasar sus justos límites celebra algunos contratos con terceras personas, si solo intervino en estos contratos en calidad de mandatario ó procurador de alguno, solo el mandante se entiende que contrata por mediacion suya, y él es quien se obliga á favor de las personas con quienes el mandatario contrata. El mandatario no contrae obligacion alguna, solo media para significar la voluntad y consentimiento de su mandante.

88. Aun cuando el mandatario celebrase algunos contratos con terceras personas en nombre propio y no en calidad de mandatario ó procurador; por mas que estos contratos sean concernientes al mandato, y no pasen los justos límites del mismo, el mandatario se entenderá obligado á favor de las personas con quienes contrata, y solo él será el deudor principal; pero al mismo tiempo obliga juntamente con él al mandante, para la gestion de cuyos negocios se celebra el contrato. En tal caso se entiende que el mandante accede como fiador á todas las obligaciones de su mandatario; y de esta obligaeion accesoria nace la accion *utilis institoria* que tienen contra el mandante los que por un negocio suyo hubiesen contratado con el mandatario. Paulo, *sent.* 11, 8, y 2.

89. Es de notar que para obligar el mandatario al mandante á favor de aquel con quien contrata, basta que el contrato que celebra, aparezca contenido dentro los límites de la procuracion que presenta, por mas que por razones desconocidas á aquel con quien contrata, se haya excedido de los límites de su poder, segun vimos ya en el *Trat. de las oblig. n.* 179.

Ejemplo: Si mi mandatario á quien habia otorgado poderes para tomar prestados de mi cuenta 300 duros, despues de haber tomado esta cantidad de un primer mutuante, toma otra igual de otro segundo en virtud de la carta de poderes que le presenta; me obliga con ese segundo mutuo á favor del segundo mutuante

que no sabia que hubiese ya tomado aquella cantidad; ni por consiguiente que se excedia de los límites del mandato. Véase acerca de esta obligacion *Trat. de las oblig. part.* 2, *cap.* 6 *secc.* 8, *art.* 2.

SECCION III.

CUANDO SE ENTIENDE QUE EL MANDATARIO HA RESPETADO Ó EXCEDÍDOSE DE LOS LÍMITES DEL MANDATO.



90. Siendo segun vimos antes, *n.* 67, la obligacion que el mandante contrae á favor del mandatario la de indemnizarle *por la gestion del mandato*, síguese que paraque el mandante contraiga esta obligacion, es preciso que el mandatario se haya atenido á los límites del mandato; porque si se desentendiese de ellos, sus actos no serian ya la gestion del mandato ni por consiguiente aquella por la que tiene que indemnizarle el mandante; *l.* 5, *ff. mand.*

Asimismo solo en el caso de respetar el mandatario estos límites podrá entenderse que el mandante se obliga por su mediacion á favor de las personas con quienes dicho mandatario contrata. Si el mandatario se hubiese excedido, el mandante podrá desaprobar los contratos por mas que sean hechos en su nombre, y dejarlos por cuenta del mandatario.

Se ve, pues, la necesidad de inquirir cuando se entiende que el mandatario se mantiene dentro de los límites del mandato, y cuando los traspasa.

Por regla general puede decirse que el mandatario respeta los límites del mandato siempre que realiza precisamente el mismo negocio que el mandante le ha encargado, con las condiciones prescritas en el mandato, y con mayoria de razon cuando consigue que estas condiciones sean mas ventajosas.

Para presentar con mas claridad este principio pueden distinguirse ocho casos.

PRIMER CASO.

CUANDO EL MANDATARIO EJECUTA PRECISAMENTE EL MISMO NEGOCIO CONTENIDO EN ÉL MANDATO, SIN QUE EL MANDANTE LE HAYA PRESCRITO CONDICION ALGUNA DE QUE ÉL SE HAYA DESENTENDIDO.

91. Es evidente que en este primer caso el mandatario no se ha excedido de los límites del mandato, sino que los ha respetado.

Ejemplo: El mandante encargó al mandatario que le comprase una determinada heredad sin prefijarle el precio. En tal caso el mandatario que compra la heredad por cuenta del mandante, cualquiera que sea el precio que por ella dá, obra conforme con el mandato, y no puede decirse que haya traspasado sus límites; *l.* 3, §. 1, *eod.*: con tal sin embargo de que el precio de la compra no sea muy superior al justo precio ; porque la condicion de no dar mas que el justo precio debe siempre sobrentenderse en un mandato de comprar.

SEGUNDO CASO.

CUANDO EL MANDATARIO EJECUTA PRECISAMENTE EL MISMO NEGOCIO QUE LE FUE ENCARGADO, Y CON CONDICIONES MAS VENTAJOSAS QUE LAS PRESCRITAS EN EL MANDATO

92. Tampoco cabe duda de que en este caso no puede entenderse que el mandatario haya traspasado los límites del mandato.

Ejemplo: Si te hubiese encargado que compreses cierto caballo por veinte onzas, y lo comprases por quince, ó habiendo dado veinte hubieses conseguido que ademas del caballo te entregasen sus ricos jaeces; claro está que en uno y otro caso se entiende que has respetado los límites del mandato, porque aun cuando te prescribí que comprases por 20 onzas , natural es que se sobreentienda, *ó por menos si es posible.*

TERCER CASO.

CUANDO EL MANDATARIO EJECUTA EL NEGOCIO QUE SE LE HA ENCARGADO, PERO CON CONDICIONES MAS DURAS QUE LAS PRESCRITAS EN EL MANDATO.

93. Es evidente que el mandatario falta en tal caso á su deber, que traspasa los límites del mandato , no ateniéndose á las condiciones en este prescritas. Asi es que el mandante podrá entonces aprobar ó desaprobar los actos del mandatario , segun mejor le parezca: si los desaprueba , no contrae obligacion alguna ni á favor de su mandatario , ni á favor de las personas con quienes este contrató, por mas que haya contratado en su nombre.

Ejemplo: Si te hubiese encargado que me comprases una casa por mil duros , y tu la compreses por mil doscientos; podré dejar la compra de tu cuenta , por mas que la hayas hecho en mi nombre, sin que contraiga obligacion alguna ni contigo ni con el vendedor.

94. Pero ¿no podrias tu por lo menos obligarme á aceptar la compra ofreciéndome pagar por tu cuenta lo que excediese del precio prefijado en el mandato? esta cuestion habia traido divididos á los jurisconsultos romanos. La opinion mas equitativa y que al fin prevaleció , es la de que el mandatario puede hacer válida y eficazmente este ofrecimiento, con lo cual ningun perjuicio se irroga al mandante; l. 3, §. *fin*, *l.* 4, *eod.*

Nótese que en estas leyes se supone como cosa constante , que cuando mi mandatario no pudo comprar la cosa sino por un precio mas subido que el que le habia prefijado , no podré obligarle á entregar la cosa por este mismo precio, sino que si la quiero, deberé darle todo lo que le costó. De esto inferian los sabinianos que puesto que no puedo yo obligar á mi mandatario á entregarme la cosa por el precio prefijado en el mandato , tampoco es regular que pueda elobligarme á mi á tomar la cosa por este precio. Este argumento de los sabinianos nada vale. Yo cometeria una injusticia, si obligase á mi mandatario á entregarme la cosa por el precio señalado en el mandato , habiéndole costado mas ; por el contrario mi mandatario ningun perjuicio ni agravio me irroga

obligándome á aceptar la cosa por el precio que quise ya dar por ella, sujetándose á perder todo lo demas que ha dado.

Segun el mismo principio, si hubiese encargado á mi procurador que vendiese una cosa mia por cien pesos, y no encontrando quien le ofreciese mas que noventa y cinco, creyese que lo mejor era venderla por este precio, y la hubiese dado realmente; si yo no quiero aprobar el contrato, mi mandatario podrá obligarme á ello ofreciéndome de su bolsillo los cinco pesos que faltan.

Paulo trae otro ejemplo: *Si mandavero tibi ut pro me in diem fidejubeas, tuque pure fidejusseris et solveris, utilius respondebitur, interim non esse tibi mandati actionem, sed quum dies venerit; l. 22, eod.*

CUARTO CASO.

CUANDO EL MANDATARIO HA HECHO UNA PARTE DE LO QUE SE LE ENCARGA EN EL MANDATO.

95. El mandatario no ha traspasado en este caso los límites del mandato, ejecutándolo en parte obliga por esta parte al mandante; *l. 38, eod.*

Sin embargo si la naturaleza del negocio fuese tal, que debiese entenderse que la intencion del mandante era que el mandato se ejecutase en su totalidad, el mandatario que lo hubiese ejecutado en parte, se entenderia no haber ejecutado nada de él; y el mandante por nada quedaria obligado.

Ejemplo: Si te hubiese encargado que me comprases cierta heredad, y tu hubieses comprado solo una parte de ella, no se entenderá que hayas ejecutado en parte el mandato, antes al contrario traspasaste sus límites, y yo puedo desaprobar esa compra parcial, porque el que quiere comprar una heredad, no quiere comprar solamente una parte, y la compra que yo te encargué, era de toda la heredad, no de una parte de ella.

Esto sufre una excepcion en el caso en que la heredad que el mandante dió orden de comprar, al tiempo del mandato se hubiese puesto en venta por partes por diferentes condueños de la misma, quienes se proponian vender separadamente sus respectivas partes. En este caso debe entenderse que el mandante al dar la orden de comprar esta heredad que se vendia por partes, la dió para

que se comprase por partes; á no ser que en el mandato hubiese una claúsula expresa, por la cual declarase que no queria comprar la heredad como no fuese por entero; *l. 36, §. 2 y 3, eod.*

QUINTO CASO.

CUANDO EL MANDATARIO HA HECHO LO QUE POR EL MANDATO SE LE ENCARGABA, Y ALGUNA OTRA COSA ADEMAS.

96. Repútase que el mandatario ha ejecutado en este caso el mandato, y obliga por consiguiente al mandante en todo lo que se halla dentro los límites del mandato. En lo demas se entiende haberse excedido, y no obliga al mandante.

Ejemplo: *Julianus putat eum qui in majorem summam quam rogatus erat, fidejussisset, hactenus mandati actionem habere, quatenus rogatus esset; quia id fecerit quod mandatum ei est; nam usque ad eam summam in quam rogatus erat, fidem ejus spectasse videtur qui rogabit, l. 35, eod.*

SEXTO CASO.

CUANDO EL MANDATARIO HA PRACTICADO OTRO NEGOCIO DIFERENTE DEL QUE SE LE HABIA ENCARGADO.

97. Es evidente que el mandatario se excedió de los límites del mandato, y que no obliga al mandante, á no ser que este tenga á bien ratificar lo que se hizo, por mas que sea hecho en su nombre. Poco importa que el negocio practicado por el mandatario fuese mucho mas ventajoso al mandante, que el encargado en virtud del mandato.

Ejemplo: Si yo te hubiese encargado que me comprases la casa de Pedro por un precio determinado, y tu en vez de comprarme esta casa me hubieses comprado otra mucho mejor y mas hermosa por el mismo ó menor precio; no estaré obligado á ratificar esta compra, porque tu hiciste un negocio muy diferente del que te habia encargado; *l. 5, §. 2, eod.*

98. Cuando un negocio puede igualmente realizarse de dos ó mas maneras, no se entiende que el mandatario se haya excedido de los límites del mandato, ni haber hecho una cosa diferente de a encargada, por mas que haya hecho este negocio de una mane-

ra diferente de aquella que se le prefijaba en el mandato , como sea igualmente ventajosa al mandante. Asi lo enseña Paulo: *Commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut quoties certum mandatum sit* (es decir siempre que el objeto del mandato sea un negocio que solo puede practicarse de una manera determinada), *recedi á forma non debeat, at quoties incertum vel plurium causarum* (es decir, un negocio que puede practicarse de varias maneras), *tunc licet aliis præstationibus exsoluta sit causa mandati quam quæ ipso mandato inerant, si tamen hoc mandatori expedierit, erit madati actio; l. 46, eod.*

Ejemplo: Yo te encargo que pagues á mi acreedor una cantidad que le debo. Este negocio puede realizarse de varias maneras, asi es que aun cuando no hubieses verificado un pago real y efectivo de mi deuda, que era el modo prescrito en el mandato; si no obstante hubieses extinguido la deuda de otro modo consiguiendo que el acreedor me absuelva de ella aceptándote á ti por único deudor en lugar mio; habrás cumplido con el mandato, y podrás dirigirte contra mi y obligarme á que te indemnize, lo mismo que si hubieses verificado un pago real y afectivo, porque á mi me es indiferente con tal de quedar libre de mi deuda, que esta se extinga de esta ó de la otra manera, *l.* 45, §. 4, *eod.*

SEPTIMO CASO.

CUANDO EL MANDATARIO HACE NO POR SI MISMO, SINO POR UNA PERSONA QUE SE SUBSTITUYE, EL NEGOCIO DE QUE ESTABA ENCARGADO, A PESAR DE QUE NO TENIA FACÚLTAD DE SUBSTITUIR OTRO EN SU LUGAR.

99. Es evidente que en este caso el mandatario se ha excedido de los límites del mandato, y que lo que hubiese hecho no obliga al mandante, como no quiera ratificarlo.

La única duda que puede ocurrir es sobre si cuando la escritura de poderes no permite ni prohibe expresamente al mandatario substituir otra persona que realice en su lugar el negocio de que está encargado, deberá entenderse que esta facultad de substituir va comprendida tácitamente en tales poderes. La deciion de esta duda depende de la naturaleza del negocio objeto del mandato. Si el negocio fuese tal, que su gestion exigiese cierto grado

de prudencia y habilidad, no deberá presumirse que el mandante que conociendo las circunstancias del mandatario le confió esa gestion, haya querido permitirle que substituyese en ella otra persona.

Ejemplo: Si hubiese conferido poderes á mi abogado para transigir un pleito con mi colitigante bajo las condiciones que él crea mas conducentes, no deberá presumirse que yo quiera que substituya otra persona para un negocio tan delicado.

Empero si se tratase de un negocio que no requiere ninguna habilidad particular, siéndole indiferente al mandante que lo realice este ó aquel, entonces podrá presumirse facilmente que la facultad de substituir va comprendida en los poderes que ni la conceden ni la niegan.

Ejemplo: Si al emprender mi viage á Paris me hubiese un amigo encargado que le comprase un libro cuyo precio estaba ya fijado en los carteles; entonces aun cuando mis ocupaciones me hubiesen impedido ir á casa del librero, y hubiese encargado á otro la compra del libro, no podrá mi mandante desaprobarla bajo pretexto de no haber sido yo el que cumplió el mandato; porque siéndole indiferente á mi amigo que comprase yo ú otra persona el libro, debe entenderse que se me permite el sustituir otra persona para ejecutar el mandato.

OCTAVO CASO.

CUANDO EL MANDATARIO EJECUTÓ SOLO LO QUE ESTABA ENCARGADO DE EJECUTAR JUNTO CON OTRO, Ó BAJO LA DIRECCION Ó CONSEJO DE OTRO.

Es evidente que en este caso el mandatario se excede de sus facultades, y que lo que hace no obliga al mandante.

La sola duda que puede presentarse es sobre si cuando uno ha conferido poderes á dos personas, debe presumirse que quiere que la gestion del negocio corra á cargo de las dos juntamente, ó que pueda hacerlo cualquiera de ellas en el caso en que no se hubiese explicado acerca de este punto. Yo opino que esto debe decidirse segun las circunstancias, naturaleza é importancia del negocio.

Si este fuese tan importante que requiriese de necesidad mucho tino y reflexion, deberá presumirse que la voluntad del mandante es que lo ejecuten los dos mandatarios juntos.

Fuera de este caso creo que podrá facilmente presumirse que el mandante quiere que cada uno de los mandatarios pueda á solas verificar los negocios objeto del mandato.

Cuando la procuracion prescribe al mandatario que consulte para la ejecucion del mandato á una determinada persona, se excede de sus poderes, si no lo hace. Si la persona que debia dar el consejo muriese, el mandatario deberia suspender la gestion del negocio hasta que el mandante le designase otro consultor, ó le dispensase de esta formalidad.

OBSERVACION GENERAL.

En todos los casos en que hemos dicho que el mandatario se excedia de los limites del mandato, si lo que hubiese hecho de mas, ó contra lo prescrito en el mandato, lo hubiese verificado á vista, ciencia y paciencia del mandante, deberá reputarse válido, y obligará al mandante asi á favor del mandatario, como de las personas con las cuales este hubiese contratado; en este caso debe presumirse una extension ó reforma tácita de los poderes, de la propia suerte que se presume un mandato tácito siempre que alguno sin haber mediado ningun mandato expreso ejecuta en mi nombre alguna cosa que yo veo, sé y consiento que ejecute, segun dijimos antes, *n.* 29.

CAPITULO IV.

DE QUE MODOS SE ACABA EL MANDATO.



100. El mandato se acaba de muchas maneras: por la muerte del mandatario, por la del mandante, por su cambio de estado, por la cesacion de sus poderes, por la revocacion del mandato hecha por el mandante, por la repudiacion que del mismo hace el mandatorio en los casos en que le es permitido hacerlo.

§. I.

De la muerte del mandatario.

101. El mandato se acaba por la muerte del mandatario; *l.* 27, §. 3, *ff. mand.*

Fúndase este principio en la naturaleza del mandato. Este contrato tiene por fundamento la confianza que el mandante tiene en la persona del mandatario, confianza personalísima que no puede pasar á los herederos, y que por consiguiente muerto el mandatario desaparece, y debe acabar por lo mismo el mandato.

Ejemplo: Si hubiese encargado á Pedro que me comprase uno casa; y muerto él antes de haberlo podido verificar, su heredero la comprase; aun cuando la hubiese conseguido con las condiciones prescritas en el mandato y todavia mejores, no estaria obligado á ratificar esa compra, lo mismo que si jamas la hubiese encargado; porque el mandato quedó completamente extinguido por la muerte de Pedro. Por esto dicha ley añade; *Et ob id hœres ejus* (*mandatarii*) *licet exsecutus fuerit mandatum, non habet mandati actionem.*

Es de notar que en la referida ley se dice que la muerte del mandatario extingue el mandato, *si integro adhuc mandato decesserit*: porque si el mandatario hubiese empezado á ejecutar el mandato antes de morir; ademas de que el heredero sucederia á su obligacion de dar cuenta de lo ejecutado, deberia tambien acabar lo que el difunto empezó; y el mandante por su parte deberia reintegrar no solo los anticipos hechos por el mandatario, sino tambien los que hubiese hecho su heredero para llevar á cabo lo que su causante tenia empezado.

Ejemplos: I. Si alguno se hubiese constituido á instancias mias fiador por mí, estaré obligado á reintegrar no solo lo que el mandatario hubiese tenido que pagar para cumplir con la fianza prestada, sino tambien lo que su heredero hubiese satisfecho con el propio objeto; *l.* 14, *eod.*

II. Si hubiese encargado á un amigo que tenia en Bélgica, una compra de libros y que me los mandase despues, si este mandatario hubiese muerto despues de comprados los libros pero antes de habérmelos enviado, su heredero estará obligado á hacer esta remesa, y yo lo estaré por mi parte á satisfacer los gastos del transporte lo

mismo que los de la compra, porque el envio es una consecuencia necesaria de la compra hecha por el mandatario.

En esto se parece el heredero del mandatario al de un consocio. Por mas que el heredero de este no suceda á su causante en la sociedad, lo mismo que el heredero del mandatario tampoco sucede en el mandato, sin embargo está obligado á concluir lo que es una consecuencia necesaria de lo que hubiese empezado el difunto; *l.* 40, *ff. pro soc.*

102. Si hubiese muchos mandatarios encargados juntos de la gestion de un negocio, la muerte de uno de ellos extingue enteramente el mandato: pero si en los poderes se autorizase á cada uno para realizar á solas el negocio, la muerte de uno de los mandatarios no impedirá que subsista el mandato respeto de los sobrevivientes.

§. II.

De la muerte del mandante.

103. Queda extinguido el mandato por la muerte natural ó civil del mandante sobrevenida antes que el mandatario haya empezado la gestion; *l.* 15, *cod. mand.*

Ejemplo: Si te hubiese encargado que me comprases una cierta cosa, el poder que te confiero, cesará si yo muriese, y mis heredos no estarian obligados á tomar por su cuenta la compra que hubieres verificado despues de mi muerte.

Fúndase esto en la naturaleza de este contrato. El mandante encarga al mandatario que haga alguna cosa en su lugar; el mandatario por su parte al ejecutar el mandato presta su ministerio al mandante que se reputa hacer por la mediacion de aquel lo prescrito en el mandato: ahora bien el mandatario no puede prestar su ministerio al mandante que ha muerto, ni representar su persona; luego no podrá ejecutar el mandato despues de la muerte del mandante.

Si encontrándose el mandante ausente en lejanas tierras y no teniéndose noticia de él despues de un espacio considerable de tiempo, sus herederos presuntivos se hubiesen hecho poner en posesion de sus bienes por el tribunal, por mas que en tal caso sea incierto si el mandante ha muerto ó vive todavia, no obstante la sentencia que puso ó los herederos en posesion de sus bienes, extingue

el mandato, como si constase realmente de su muerte; y el mandatario deberá dar cuenta de su gestion á los parientes que fueron puestos en posesion de los bienes del mandante, como deberia haberla dado á sus herederos.

104. Si un tutor en su calidad de tal hubiese encargado á alguno la gestion de un negocio de su pupilo, muerto este tutor *re integra*; ¿se extingue el mandato? A favor de la negativa se alega que el hecho del tutor es el hecho del menor, á tenor de cuyo principio cuando el tutor en su calidad de tal encarga un negocio de su pupilo, es lo mismo que si lo encargase el propio pupilo por ministerio de su tutor. Debe considerarse pues al menor como verdadero mandante, y por consiguiente aunque muera el tutor, mientras el menor viva, parece que deberá subsistir el mandato, porque no puede decirse que haya muerto el mandante.

No obstante estas razones debe decidirse que el mandato acaba en este caso por la muerte del tutor, porque cuando el tutor encarga un negocio concerniente de la tutela, es para que el mandatario haga por él y en su lugar ese negocio que le incumbia hacer. El mandatario obra de tal suerte en lugar y representacion del tutor que le encargó el negocio, como que el tutor está obligado á dar cuenta á su pupilo de esta gestion, de la propia suerte que si él mismo la hubiese hecho. Luego el tutor es el mandante; á él presta el mandatario su ministerio y oficios, de lo cual se sigue que el mandato debe extinguirse por la muerte de tutor.

Esta opinion parece haber sido confirmada por una sentencia que cita Louet *let. C. cap.* 27, en la cual se resolvió que el poder de un procurador *ad lites* se extinguia por la muerte del tutor que lo habia constituido para un asunto del menor.

105. Por la misma razon debe decidirse que cuando un procurador con facultad de sustituir nombra otro para que realice el negocio de que estaba encargado, el mandato del sustituido se acabará por la muerte del procurador que lo sustituyó, porque siendo este responsable de la gestion del substituido, la gestion del negocio se verifica en su nombre, y es el verdadero mandante de esto.

De otra suerte deberia decidirse, si en la escritura de poderes se prescribiese al mandatario que en caso de no poder realizar el negocio, podria substituirse á fulano de tal. Como entonces el substituto no es elegido por mi mandatario sino por mi, se reputa

que soy yo el que directamente le nombro mi mandatario. No es el mandatario de mi procurador, quien tampoco será responsable de la gestion del sustituto; sino que es directamente mi mandatario, y yo soy su mandante; y por consiguiente su mandato no se extingue por la muerte de mi procurador.

106. Por mas que el mandato fallezca por la muerte del mandante, si no obstante el mandatario ignorando la muerte del que le dió el mandato, lo hubiese de buena fe realizado, los herederos ó sucesores del mandante estarian obligados á indemnizarle y á ratificar lo que hubiese hecho.

Ejemplo: Si Pedro me hubiese encargado que le comprase cierta cosa, y yo en cumplimiento del mandato la hubiese comprado despues de su muerte de que no tenia noticia todavia; sus herederos no podrán dejar de mi cuenta esta compra, y podré exigir por la accion *contraria mandati* que me indemnicen, *l.* 26, *ff. eod.*

La razon de esto es que el mandante se obligó en virtud del contrato á indemnizar al mandatario todo cuanto le costase el haberse encargado del mandato; y á pesar de que el mandato se extingue por la muerte del mandante, dicha obligacion pasa á sus herederos; ahora bien no cumplirian estos con tal obligacion, si no indemnizasen al mandatario todo cuanto le hubiese costado el mandato creyendo de buena fe que existia, y que cumplia con él, pues ignoraba haber acaecido la muerte del mandante que lo extinguia. Asi dice Ulpiano: *Mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur*; *l.* 58, *eod.* Paulo dice tambien despues de Juliano: *Mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquamdiu durare; d. l.* 26.

107. Casos puede haber sin embargo en que el mandatario por mas que tenga noticia de la muerte del mandante, no solo puede, sino que debe realizar el negocio que tiene encargado, á saber, cuando es un negocio urgente que no admite demora, y que solo puede ejecutarlo el mandatario, no hallándose en aquel lugar los herederos.

Ejemplo: Si me hubiese encargado de la vendimia de las viñas de un amigo mio, y supiese su muerte en un tiempo en que dicha operacion no podia diferirse por hallarse en sazon las hubas y haberse empezado ya la vendimia en el pais, sin que por otra parte

pudiese advertir tales circunstancias á los herederos que se hallan á 30 ó 40 leguas de distancia y sin fáciles comunicaciones; deberé llevar á cabo la vendimia sin dilacion alguna.

108. El principio por el cual establecimos que el mandato fenece por la muerte del mandante, sufre necesariamente excepcion cuando el negocio que forma su objeto, es de tal naturaleza que debe verificarse precisamente despues de la muerte del mandante, como sucede en las especies de las leyes 14, §. 17, y 13, *eod.*

109. Otra excepcion sufre este principio respecto de los encargados ó representantes de una casa de comercio, ó de los que se hallan al frente de una empresa sobre rentas públicas. *V. trat. de las oblig.* n. 448.

110. Despeisses de conformidad con Tiraqueau establece otra excepcion en cuanto á los mandatos hechos por causas piadosas; pero los privilegios sobre causas piadosas no están en uso.

§. III.

Del cambio del estado del mandante.

111. El cambio de estado que haya sufrido la persona del mandante antes de haber ejecutado el mandatario el negocio encargado, extingue el mandato, de la propia suerte que la muerte del mandante. La misma razon media en uno y otro caso.

Ejemplo: Si el mandante fuese una muger que despues se casa, y pasa á vivir bajo el poder marital; ó una persona á quien posteriormente se hubiese inhibido la administracion de sus bienes y puesto bajo el poder de un curador, como tales personas en fuerza del cambio de estado se hacen incapaces de ejecutar sin la intervencion del marido ó curador respectivo el negocio que en su nombre y representacion habia de verificar el mandatario, claro está que este no podrá usar tal representacion y nombre hasta que el poder haya sido renovado por el marido ó curador.

Si el mandatario hubiese ejecutado el mandato antes de tener noticia del cambio de estado del mandante, debe decidirse lo mismo que en el caso en que se ejecuta el mandato antes de saber la muerte del mandante. V. *supra* n. 106.

Otro tanto debe decirse respecto de las demas excepciones

puestas en el párrafo anterior al principio de la extincion del mandato por la muerte del mandante.

§. IV.

De la extincion del mandato por la cesacion de las facultades del mandante.

112. Cuando una persona constituida con facultades para cuidar los negocios de otro encarga á alguno la gestion de uno de dichos negocios, este mandato fenece, si las facultades que tenia ese mandante llegasen á cesar.

Ejemplo: Si un tutor hubiese conferido poderes á alguno para cobrar una deuda de su pupilo, ó bien hubiese constituido un procurador en un pleito que llevaba por dicho pupilo; despues de acabada la tutela por la mayor edad del menor ú otra causa, fenece el mandato ó procuracion conferido por el tutor: porque como el poder lo tiene el procurador ó mandatario del tutor, no puede durar mas que lo que dure el del tutor. El mandatario del tutor no puede hacer válidamente en nombre y representacion de su mandante lo que este no podria legitimamente hacer.

Lo mismo debe decirse del mandato dado por el curador de uno que tiene inhibida la administracion de sus bienes, cuando su curatela se acaba por haberse levantado la interdiccion ú otra causa; y del mandato conferido por un procurador con facultad de substituir, siempre que el poder de este procurador se extingue por cualquiera causa. La misma razon media en todos estos casos

§. V.

De la revocacion del mandato.

113. El mandato se extingue por la revocacion que hace el mandante; *l.* 12, §. 16, *eod.*

Por lo regular solo el mismo mandante puede revocar el mandato: su apoderado general no podrá revocar un mandato especial que él hubiese dado á otro para un negocio determinado.

Sin embargo si este apoderado general tuviese justas razones ignoradas por el mandante, para prohibir al mandatario especial

la ejecucion del mandato, podria hacerlo manifestandole las razones que para ello tiene; en cuyo caso el mandatario deberia esperar á que el mandante instruido de tales razones pudiese declarar si persistia en el mandato, ó lo revocaba.

En comprobacion de esto puede aducirse la ley 30, *eod.*

114. Para que se entienda revocado el mandato, no es de todo punto preciso que la revocacion sea expresa; hay ciertos hechos que la inducen. Ulpiano lo comprueba con el siguiente

Ejemplo: Si alguno despues de haber encargado la gestion de un negocio á cierto mandatario, la encargase á otra persona; este solo hecho hace presumir que ha querido revocar el primer mandato; *l.* 31, §. *fin. ff. de procur.*

¿Deberá tener lugar esta presuncion cuando el segundo mandato resulta nulo á causa de ser conferido á una persona que se creia viva siendo asi que habia muerto, ó porque el segundo mandatario no quiso aceptarlo? Yo creo que no por esto debe dejar de presumirse revocado el primer mandato, porque de todos modos resulta que el mandante ha querido encargar la gestion del negocio objeto del primer mandato á otra persona diferente; y esta voluntad supone necesariamente la de quitarla al primer mandatario. Por una razon análoga deciden las leyes que cuando un testador despues de haber legado cierta cosa á una persona, transfiere el legado por una cláusula posterior á otra; por mas que esta segunda disposicion fuese nula por incapacidad del segundo legatario ó por otra causa, la primera disposicion se entenderá no obstante revocada; *l.* 34, *ff. de leg.* 1.°; *l.* 8, *ff. de adim. leg.*, *l.* 78, §. 16, *ff. ad SC. Trebell.* Esta opinion que defendemos, es la de Menoch, *de præsumpt. lib.* 2, *cap.* 37; de Valdo y otros autores.

115. Esta presuncion tendrá sobre todo lugar cuando los dos mandatos son especiales, y tienen por objeto el mismo negocio. De la propia suerte si se tratase de dos procuraciones generales, la primera se deberá entender revocada por la segunda.

Si fuese la primera general y la segunda especial, aquella se entenderá revocada en cuanto al negocio que forma el objeto de la segunda, á tenor de esta regla de derecho: *In toto jure generi per speciem derogatur*; *l.* 80, *ff. de reg. jur.*; pero los poderes generales subsistirán en cuanto á los demas negocios.

Cuando la primera es una procuracion especial para un cierto

negocio, no se entenderá revocada por una procuracion general dada á otro; porque esta no supone en el mandante la voluntad de revocar la primera. Asi opina Menoch en el lugar citado.

116. Como solo la presuncion acerca la voluntad del mandante hace entender que el primer mandato queda extinguido por el segundo en que un nuevo mandatario quedase encargado del mismo negocio; no deberá entenderse asi siempre que hubiese circunstancias contrarias á esta presuncion las cuales diesen á entender que la voluntad del mandante habia sido mas bien de encargar á los dos mandatarios el negocio, paraque juntos ó á solas pudiesen realizarlo.

117. Tratan los doctores la cuestion sobre si la primera procuracion se entenderá revocada por una segunda otorgada á una misma persona. Convienen todos en que cuando la segunda en nada es diferente de la primera, no la revoca, siendo mas bien una confirmacion superflua de ella, y el mandatario podrá servirse indistintamente de las dos.

Cuando la segunda procuracion solo contiene una parte de los negocios de que el mismo mandatario habia sido encargado por la primera; esta deberá entenderse en tal caso revocada por la segunda en cuanto á los negocios que no van comprendidos en la última; á no ser que el mandante haya declarado por una cláusula especial que no entendia derogar la primera procuracion, ó en otra manera haya declarado su voluntad de persistir en ella.

Cuando la segunda procuracion aunque precisamente sobre el mismo negocio objeto de la primera, prescribe condiciones diferentes, como si por la primera hubiese conferido poderes á un amigo para transigir un pleito sin mas condiciones que las que él juzgase á propósito; y por la segunda le encargase la transaccion del mismo pleito, empero tomando para ella el parecer de cierto letrado; ó por el contrario en la primera le prescribiese que tomase consejo, y en la segunda no le impusiese esta obligacion, ó bien si por la primera hubiese conferido poder á alguno paraque me comprase una cosa por un precio determinado, y por la segunda hubiese hecho el mismo encargo variando empero el precio fijándolo mayor ó menor; en todos estos casos y otros semejantes piensa Menochio que la primera procuracion debe entenderse revocada por la segunda. Yo diria que no es revocada sino mas bien modificada, y que las obligaciones respectivas contraidas por la

aceptacion del primer mandato, subsisten sin ser destruidas por la seguda; solo que el mandatario en todo lo que haga despues de la segunda deberá conformarse con las condiciones en ella prescritas, y quedará dispensado de todas las prescritas en la primera que fueren omitidas en la segunda.

118. Los doctores refieren una porcion de otros hechos que hacen presumir la revocacion del mandato.

Ejemplo: Si un comerciante despues de haberse retirado del comercio y quedándole muchas deudas que cobrar, encarga esa cobranza á un mandatario á quien al efecto remite sus libros y demas documentos necesarios, y en seguida le retira dichos libros y documentos; este hecho induce la revocacion del mandato, por mas que al retirar sus papeles no haya dicho expresamente que revocaba los poderes.

119. Cuando una persona que debia emprender un largo viage, confiere poderes á alguno para cuidar sus negocios; por mas que la procuracion no encierre limitacion alguna de tiempo, no obstante se presume que los poderes solo son para el tiempo que el mandante estuviese ausente. Asi es que su vuelta inducirá la revocacion del mandato, á no ser que esta presuncion quedase destruida con otra presuncion contraria, como si el mandatario hubiese continuado despues de la vuelta del mandante administrando los negocios de este á su vista, ciencia y paciencia; porque asi como tal gestion hace presumir un mandato tácito cuando no hay procuracion alguna, *supra n.* 29, asi tambien deberá hacer presumir con mayoria de razon la continuacion de los poderes existentes.

120. Tambien los hechos que destruyan enteramente la confianza que el mandante tenia en el mandatario, hacen presumir facilmente una revocacion tácita del mandato; como si el mandatario hubiese hecho bancarrota, ó se hubiese dado contra él una sentencia infamatoria, ó hubiesen sobrevenido graves enemistades entre el mandante y mandatario.

121. Paraque la revocacion extinga el mandato, es necesario que el acto que la encierre, ó los hechos que la hacen presumir, hayan llegado ó pueda reputarse haber llegado á noticia del mandatario; de otra suerte no produciria efecto alguno, y lo que el mandatario hubiese hecho antes de tener aquella noticia, obliga al mandante; l. 15, ff. *mand.*

Desde que el mandatario tiene noticia de la revocacion del mandato, queda este extinguido, si la cosa se halla en su integridad, y ejecutándola el mandatario no obliga al mandante.

Empero si el mandatario removido no tiene en tal caso la accion *mandati contraria*, ¿no podrá por lo menos tener la accion *negotiorum gestorum*? Examinaremos esta cuestion cuando trataremos del cuasi-contrato *negotiorum gestorum*.

Si la cosa ya no estuviese en su integridad, cuando llegó á noticia del mandatario la revocacion del mandato, podrá apesar de la revocacion ejecutar todo aquello que fuese una continuacion necesaria de lo que hubiese empezado, y respeto de esto obliga al mandante.

Por mas que el mandatario removido que tiene noticia de la revocacion, no pueda con la ejecucion del mandato obligar á su favor el mandante, podrá sin embargo obligarle respeto de las personas con quienes hubiese contratado en fuerza de los poderes que les presentare, si esas personas no tuviesen conocimiento de la revocacion; salvo al mandante el recurso que le compete contra el mandatario para hacerse indemnizar.

Por la misma razon serán válidos los pagos hechos al mandatario removido por los deudores del mandante á los cuales él hubiese manifestado los poderes, y que no tuviesen noticia de la revocacion. Por esto es muy conveniente que el mandatario participe á sus deudores dicha revocacion. *V. Trat. de las oblig. n.* 474.

§. VI.

De la repudiacion del mandato por el mandatario.

122. Acerca de los casos en que le es permitido al mandatario separarse del mandato y estinguirlo por este medio, véase lo que llevamos dicho antes, *cap.* 2, *art.* 1.

CAPITULO V.

DE ALGUNAS ESPECIES PECULIARES DE MANDATOS Y DE MANDATARIOS.



123. Hay dos especies principales de mandatos, unos que tienen por objeto un negocio judicial, y otros que versan sobre negocios extrajudiciales. Hay así mismo dos especies de mandatarios ó procuradores, procuradores *ad lites* y procuradores *ad negotia* que se llaman simplemente mandatarios.

Hasta aqui hemos tratado principalmente de los mandatos que tienen por objeto asuntos extrajudiciales, y de los procuradores *ad negotia*. Hay mucho que observar acerca de los procuradores *ad lites*, y esto será el objeto del primer artículo del presente capítulo.

Divídense tambien los mandatos ó procuraciones en generales, cuyo objeto es la administracion de todos los negocios del mandante, y en especiales que se concretan á un negocio particular.

Aquellos á quienes se da un poder especial para un negocio determinado, se llaman simplemente mandatarios ó procuradores; aquellos á quienes se dan poderes generales se llaman *apoderados generales* ó procuradores *omnium bonorum*. De ellos trataremos en el segundo artículo de este capítulo.

ARTICULO I.

DE LOS MANDATOS QUE TIENEN POR OBJETO UN ASUNTO JUDICIAL, Y DE LOS PROCURADORES AD LITES.

124. El mandato cuyo objeto es un asunto judicial, que puede llamarse mandato *ad litem*, puede definirse diciendo que es un contrato por el cual aquel que ha intentado ó va á intentar, ó contra quien se ha intentado ó va á intentarse una demanda judicial, confia los procedimientos necesarios para el pleito á un procurador que se encarga de este negocio.

Trataremos 1°. de la naturaleza de este mandato: 2°. de su objeto, y de las personas á quienes puede encargarse; 3°. como se celebra, y de lo que debe practicarse contra un procurador que obró sin mandato, ó que se excedió de sus límites, 4°. de las obligaciones de los procuradores *ad lites* para con sus clientes, 5°. de las del cliente para con el procurador, de la hipoteca que este tiene, y del derecho que le compete para pedir que las sentencias al pago de costas sean aplicadas á su favor por sus salarios y adelantos; 6°. de las diferentes maneras de acabarse este mandato.

§. I.

De la naturaleza del mandato ad lites.

125. Este contrato parece degenerar de la naturaleza del mandato comun, en cuanto no es gratuito, ni encierra un oficio de amistad; porque el procurador cobra y puede exigir de su cliente un salario por la instancia ó defensa de que se encarga, y por lo regular toma ese encargo mas bien por su propio interes y por razon de sus salarios, que para hacer un favor á su cliente.

Por esto se diria que este contrato mas bien se refiere á la locacion-conduccion que el mandato; ya que el procurador parece alquilar sus servicios al cliente, y que los salarios son el alquiler. Sin embargo ha prevalecido considerar este contrato como un mandato, segun lo prueba el nombre de procurador que se dá al que se encarga de un negocio judicial, y que es sinónimo del de mandatario.

Asi es que los salarios de los procuradores no deben ser considerados como un alquiler por servicios apreciables en dinero, sino como una remuneracion semejante á la que tienen derecho á exigir los profesores de artes liberales por los servicios que en su profesion prestan. *V. supra, n.* 26.

§. II.

Del objeto del mandato ad litem *y de las personas á las cuales puede encargarse.*

126. El mandato *ad litem* segun la difinicion que hemos dado, tiene por objeto instar una demanda en nombre de un actor, ó la defensa en nombre del reo ó convenido.

De esto solo puede encargarse un procurador con título de la jurisdiccion donde debe tenerse el pleito. Podré en verdad encargar á un procurador *ad negotia,* aunque no sea procurador de número, que intente por mi las acciones que crea convenientes, y responda á las que contra mí se intenten: pero esto no podrá él hacerlo por sí mismo, sino que para cumplir mi mandato deberá celebrar otro *ad litem* con un procurador de número; y este mandato de mi mandatario á favor del procurador equivaldrá á un mandato directo de mi parte.

Los interesados no pueden instar ni contestar demandas sin asistencia de un procurador de número, á no ser en causas sumarias, á excepcion de los tribunales superiores donde es siempre necesaria la asistencia de un procurador. (1)

§. III.

De que manera se celebran los mandatos ad litem, *y de lo que debe practicarse contra un procurador que gestiona sin poderes, ó que se excede de sus límites.*

127. Los mandatos *ad litem* se celebran lo mismo que los demas por el solo consentimiento de las partes: tienen solo de particular que asi como en los asuntos extrajudiciales el mandatario tiene que manifestar sus poderes á aquellos con quienes contrata; en los mandatos *ad litem* no tiene tal obligacion, bastando para presumir que tiene poderes de su representado en el pleito el que este no se presente á desaprobar sus actos. Si aquel en cuyo nombre acciona un procurador, pretende no haberle dado orden, y se niega á aprobar sus actos, debe presentarse con un escrito formal para ello. El procurador entonces deberá justificar el mandato, no precisamente por medio de una escritura expresa, sino por medio de una carta ó cualquier otro acto anterior ó posterior á sus gestiones como procurador, en que aparezca el consentimiento del interesado para que agenciase por él. (2)

§. IV.

De las obligaciones de los procuradores para con sus clientes.

131. El mandato judicial produce las mismas obligaciones que

(1) Por derecho español pueden los interesados pleitear por si mismos en los tribunales de primera instancia, pero no en los superiores.

(2) Como en España no se admite ningun procurador en un pleito sin que presente la competente escritura de poderes, juzgamos del caso omitir lo demas que en este punto el autor relata en los números 129 y 130.

los demas mandatos. Asi como el mandatario comun con la aceptacion del mandato se obliga, 1.° á ejecutar el mandato y á pagar los daños y perjuicios que el mandante sufra por su falta de cumplimiento, 2.° á dar cuenta al mandante de su gestion y de lo que por razon de la misma haya percibido; asi tambien el procurador que en el mandato *ad lites* es el mandatario de su cliente se obliga á estas dos cosas.

Ejemplo: Si hubiese encargado á un procurador que se opusiese á un decreto de ejecucion dirigido contra una heredad del partido judicial á que él pertenece; ese procurador que reteniendo los documentos que le mandé, se entiende que tácitamente aceptó el mandato, será responsable para conmigo de los daños y perjuicios que sufra, si por culpa suya hubiese dejado de hacer valer mis derechos hipotecarios.

De la propia suerte si habiéndole encargado que entablase una demanda, hubiese descuidado hacerlo, y mis derechos hubiesen prescrito; será responsable de los perjuicios que por esta prescripcion sufra.

El procurador que se hubiese encargado de proseguir una demanda intentada por mí, se entenderá haberse encargado tácitamente de defender mis derechos contra cualquier demanda accidental ó reconvencion que en el curso del pleito se suscitase, ya que esta defensa es una consecuencia precisa del mandato que aceptó; *l.* 33, §. 4, *ff. de procur.*

132. La segunda obligacion que contrae el procurador para con su cliente, es la de darle cuenta de su gestion y entregarle lo que con ella hubiese percibido. Esto consistirá en sujetar al exámen del cliente los procedimientos seguidos en cumplimiento del mandato y en remitirle todas las piezas y providencias que hubiesen recaido en el pleito, con obligacion por parte de su cliente de pagarle previamente todos los adelantos y salarios.

La obligacion que el procurador contrae de dar cuenta de su gestion, envuelve la de indemnizar á su cliente los perjuicios que le hubiese causado por su culpa, por cualquier vicio ó defecto en los procedimientos; porque el principio general sacado de la ley 13, *cod. mand.* donde se dice, *á procuratore dolum et omnem culpam præstandam esse*, y esotro: *imperitia culpœ adnumeratur; l.* 132, *ff. de reg. jur.*, esos principios, repito, tanto comprenden á los procuradores *ad lites* como á los demas.

Ejemplo: Si hubiese encargado á un procurador el seguimiento de una instancia ejecutiva contra una heredad, y habiéndose presentado una terceria se hubiese opuesto algun defecto en los procedimientos, por el cual la ejecucion trabada fuese declarada nula; podré emplazar en causa al procurador y hacerle condenar al pago de los perjuicios que por su impericia ó descuido tengo que sufrir.

§. V.

De las obligaciones de los clientes para con los procuradores, de la hipoteca que tienen estos, y del derecho que les compete para pedir que las sentencias al pago de costas sean ejecutadas á su favor por sus salarios y adelantos.

133. El mandato *ad lites* produce tambien como los demas mandatos la obligacion que se llama *contraria mandati*, por la cual el cliente se obliga á pagar al procurador sus salarios y los adelantos que tenga que hacer para la prosecucion del pleito; y de esta obligacion nace la accion *contraria mandati* que compete al procurador.

Ademas de esto tiene el procurador el derecho de retener hasta hallarse satisfecho de sus salarios y adelantos todos los actos de los procedimientos obra suya; pero no los títulos y documentos de su cliente, lo cual le está prohibido por nuestras leyes bajo pena de privacion de oficio.

Lo que si podrá retener serán las sentencias y providencias que se le hubiesen entregado por haber satisfecho previamente los derechos correspondientes, hasta que estos adelantos le hayan sido satisfechos; pero no podrá retenerlos por sus salarios.

134. Una escritura de poderes ante escribano dá al procurador un derecho de hipoteca sobre los bienes de su cliente por sus salarios y adelantos (1).

135. Cuando un procurador obtiene á favor de su cliente una

(1) En los tribunales españoles cuando hay concurso de acreedores, las costas procesales que comprenden entre otras cosas los salarios y adelantos de los procuradores en aquella causa, tienen un lugar preferente á los demas acreedores. *N. de los edit.*

sentencia con condena de costas contra la otra parte, si todavia no se le hubiesen satisfecho los salarios y adelantos en aquella instancia, podrá pedir que dicha condena de costas sea llevada á ejecucion á su favor hasta cubrirse su crédito. Esto es una especie de traspaso que se reputa hacer el cliente á su procurador del derecho de cobrar las costas que la sentencia le confiere á fin de pagar al dicho procurador lo que le debe.

136. El crédito que de la sentencia con costas resulta contra la parte condenada á su pago, se entiende adquirido por el procurador por la sentencia misma y desde el instante en que fué dada; porque siendo parte en la causa el que debe pagar las costas, se entiende que acepta, porque no puede rehusarlo el traspaso de este crédito.

137. Si el condenado en costas antes de la sentencia acreditase contra mí una cantidad líquida, ¿podrá oponer la compensacion de este crédito á mi procurador que le ejecuta en virtud de la sentencia para el pago de las costas? Parece que valiéndose el procurador de un derecho mio, deberá estar sujeto á las obligaciones de que respeto de ese derecho deberia yo responder; y que si yo no habria podido evitar la compensacion tampoco podrá evitarla mi procurador. Sin embargo Lacombe refiere una resolucion de la gran Cámara en que se resolvió lo contrario. Esta resolucion me parece fundada en una razon de interes público que debe prevalecer sobre la sutilidad del derecho. Exige el interés público que un procurador que haya de hacer grandes adelantos para defender á una parte pobre víctima de un proceso injusto, pueda tener un recurso seguro para hacerse pagar sus derechos por la parte contraria que á causa de la injusticia del procedimiento ha sido condenada en costas. Asi los pobres encontrarán mas facilmente defensores que hagan por ellos los adelantos necesarios. Luego no debe permitirse que la parte condenada en costas pueda por medio de compensaciones privar al procurador del reembolso de sus adelantos y del cobro de sus salarios. En favor de este procurador debe suponerse que los derechos resultantes de la sentencia pasaron directamente á su persona, y que cuando pide la ejecucion obra en virtud de un derecho propio no traspasado.

Debe tenerse presente que si sobre algunos incidentes mi parte adversa hubiese sido condenada en costas, al paso que en otros lo

hubiese sido yo, no cabe duda que habria compensacion entre tales condenas.

138. Acerca de la accion *contraria mandati* que tienen los procuradores contra sus clientes para el cobro de sus salarios y adelantos, debemos observar que está sujeta á cuatro especies de prescripciones.

La primera es la que resulta del lapso de dos años (1) transcurridos desde la muerte de la parte ó revocacion del mandato; puesto que despues de este tiempo no pueden pedir sus salarios y adelantos. Y aunque nuestro reglamento de tribunales solo habla de estas dos maneras de extinguirse el mandato del procurador, parece deberá extenderse á las demas causas que extinguen el mandato; y por consiguiente creo que el procurador no podrá pedir dichos salarios y adelantos dos años despues de la sentencia difinitiva del negocio que puso fin al mandato.

La segunda prescripcion es la de seis años establecida para los salarios y adelantos anteriores á dichos seis años, por mas que el mandato haya continuado, á no ser que los procuradores hayan cuidado obtener un reconocimiento de sus clientes.

La tercera especie de prescripcion resulta de la entrega de los documentos, piezas y providencias hecha por el procurador á su cliente, la cual induce una presuncion de que ha sido completamente satisfecho.

La cuarta especie de prescripcion resulta de la falta de presentacion del registro. Segun un reglamento de tribunales deben los procuradores llevar un registro en que noten los pagos que les hagan sus clientes y si cuando piden el pago de sus salarios y delantos, su cliente exige que presenten ese registro, y no lo presentan, pierdan su derecho. (2)

Todas estas presunciones se fundan en una presuncion de pago y por consiguiente queda al procurador el derecho de deferir el juramento decisorio á su cliente sobre si le ha pagado, y á su viuda y herederos sobre si tienen noticia de que se le deben los salarios y adelantos.

(1) Por derecho español tres años; leyes 9 y 10 tit. 16, lib. 10. *Nov. Rec.*

(2) Entre nosotros no son conocidos estos registros.

§. VI.

De que manera se acaba el mandato ad lites.

139. Este mandato se acaba como los otros mandatos por la muerte natural y civil del mandante.

Sin embargo, segun los principios establecidos antes, *n.* 106, mientras ignore el procurador la muerte de su cliente, será válido todo cuanto haga en nombre del difunto para llevar adelante el pleito.

Pero despues que sabe, ó se reputa que ha de saber la muerte de su cliente que se ha hecho pública, no podrá continuar sus gestiones hasta que los herederos le hayan renovado sus poderes. Solo podrá y deberá hacer presente al tribunal la muerte de su cliente á fin de evitar toda nulidad en los ulteriores procedimientos.

Se acaba tambien este mandato por el cambio de estado del cliente, como si hubiese sufrido una interdiccion por causa de demencia ó prodigalidad, ó siendo muger hubiese contraido matrimonio. El procurador en estos casos necesita un nuevo poder del curador ó marido de su cliente.

140. Fenece el mandato por la muerte del procurador, ó cuando no puede continuar en sus funciones por causa de privacion de oficio, interdiccion, ó resignacion de su título á favor de otra persona.

141. Finalmente se extingue el mandato por la revocacion. Esta se hace regularmente por medio de un escrito en que el procurador nuevamente nombrado se presenta declarando que el cliente ha revocado sus poderes al antiguo procurador, y que él lo representará en adelante.

142. En cuanto á la manera de extinguirse el mandato por la repudiacion del mandatario, debe hacerse una diferencia entre los procuradores *ad lites* y los demas mandatarios. Estos pueden renunciar el mandato aceptado cuando la cosa se halla todavia íntegra, ó despues por una causa ó impedimento legítimo. Por el contrario un procurador *ad lites* no puede renunciar al mandato hasta terminada la instancia; pues hasta este punto se entiende haberse obligado.

143. Finalmente asi como el mandato *ad negotia* se acaba *finito negotio*, el mandato *ad lites* se acaba *finita lite*, ya por una sentencia definitiva, ya por transaccion, ya por desistimiento puro y simple de la demanda interpuesta, ya por una adhesion á la que otro interpuso.

ARTICULO II.

DE LOS PROCURADORES OMNIUM BONORUM.

———

§. I.

De lo que son estos procuradores, y si hay varias especies de ellos.

144. Es procurador *omnium bonorum* aquel á quien alguno confiere poderes generales para administrar todos sus negocios.

Los doctores distinguian antiguamente dos especies de ellos, procuradores *omnium bonorum simpliciter*, y procuradores *omnium bonorum cum libera*. Segun ellos, los primeros son aquellos cuyos poderes expresan simplemente que el mandante les encarga la administracion de todos sus negocios: los segundos aquellos en cuyos poderes se dice que el mandante les confia la *libre* administracion de sus negocios dándoles entera libertad para hacer lo que juzguen mas á propósito respecto de tales negocios.

Pretenden que las facultades de los procuradores *cum libera* son mucho mas latas que las de los procuradores *omnium bonorum simpliciter*, y que esta diferencia consiste principalmente en que el procurador *omnium bonorum simpliciter* solo puede vender los frutos de las cosechas y las cosas expuestas á perderse ó malearse, cuando el procurador *cum libera* tiene facultad para enagenar.

Fundan principalmente su distincion en las leyes 58 y 63, *ffi de procurat.* La ley 63 solo concede al procurador *omnium bonorum* la facultad de enagenar las cosas que pueden malearse ó perderse, y los frutos de las cosechas: *Procurator totorum bonorum res domini neque mobiles vel immobiles, neque servos sine speciali domini mandato alienare potest, nisi fructus aut alias res quæ facile corrumpi possunt.* La ley 58 parece por el contrario conceder

al procurador *cum libera* la facultad de enagenar: *Procurator cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest exigere aliud pro alio permutare*; añadiendo la ley 59; *sed et id quoque ei mandari videtur, ut solvat creditoribus*. Por otra parte la ley 9, §. 4, *ff. de adquir. rer. dom.* parece otorgar la misma facultad al procurador *cum libera*: *Si* dice, *due libera negotiorum administratio ab eo qui perogre proficiscitur permissa fuerit, et is ex negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis*. En iguales términos se expresa Justiniano en sus instituciones *Tit. de rer. divis*. §. 43.

145. Esta distincion de procuradores *omnium bonorum simpliciter* y procuradores *cum libera*, aunque recibida por casi todos los doctores, ha sido rechazada por Duareno, Doneau ó Donelo y algunos otros. Vinio *selec. quæst.* I, 9, la combate *ex profeso*. Sostiene este autor que las palabras *procurator omnium rerum, omnium bonorum, totorum bonorum*, y estas otras, *cui libera administratio rerum. (ò negotiorum) concessa est*, usadas en diferentes textos de derecho romano, son enteramente sinónimas, y que no significan otra cosa que un procurador que tiene *poderes generales*; y que la cláusula por la cual se diga en una escritura de poderes, que el mandante concede á su procurador la *libre* administracion de sus negocios con facultad de hacer respecto de ellos lo que le parezca mas conveniente, nada mas significa que una cláusula por la cual el mandante confiere simplemente su poder á alguno para administrar todos sus negocios sin añadir nada mas.

En cuanto á los textos del derecho en que se pretende fundar que el procurador *cum libera* tiene la facultad de enagenar que se niega al procurador *omnium bonorum simpliciter*, responde Vinio que lo que dice la ley 58 sobre poder el procurador *cui libera administratio concessa est, aliud pro alio permutare*, no debe tomarse en el sentido de que ese procurador tenga un poder indefinido para enagenar á su antojo las cosas que forman parte de los bienes que administra; sino en el sentido de que pueda únicamente hacer las enagenaciones que exija la administracion que tiene confiada; en lo cual pretende Vinio que ese procurador no es diferente del procurador *omnium bonorum simpliciter*, á quien la ley 63 prohibe la enagenacion de los bienes asi muebles como raizes que administra; porque esta prohibicion no es absoluta, y debe entenderse con esta limitacion, en cuanto la administracion

de los bienes que tiene confiada no exija esta enagenacion. Asi es que la misma ley permite al procurador *omnium bonorum* el que pueda vender las cosas que pueden echarse á perder y los frutos.

En cuanto á la ley 9, §. 4, *de acguir rer dom.*, y al texto de las instituciones *de rer. divis*, §. 43, en donde se dice que aquel *cui permissa est libera rerum administratio* puede vender válidamente y traspasar al comprador el dominio de las cosas que hacen parte de los bienes que administra, responde Vinio asi mismo que estos textos deben entenderse no de todas las ventas que el procurador hiciere, sino de aquellas que exigiese la administracion que tiene á su cargo, en lo cual no aventaja al procurador *omnium bonorum simpliciter*.

Por mas que las razones de Vinio contra la distincion ordinaria entre los procuradores generales parecen bastante plausibles, sin embargo no me atreviria á decidir entre su opinion y la opinion comun: *lectoris erit judicium*.

146. Por lo demas aunque admitiésemos con Vinio, que las palabras por las cuales en un poder general se expresase que el mandante confiere á su procurador la libre administracion de sus negocios *y una entera libertad para hacer respeto de ellos lo que mejor les parezca*, nada añaden á las facultades que un apoderado general tiene comunmente, no cabe duda que por cláusulas menos vagas y mas precisas puede darse mayor extension á las facultades que ordinariamente competen á estos procuradores, de la propia suerte que pueden ellas restringirse.

147. Aun cuando un poder general no contenga cláusula alguna particular, creo sin embargo que segun las circunstancias podrá dársele mayor ó menor latitud.

Ejemplos. 1. Cuando el que constituyó un apoderado general vive en el mismo lugar, ó poco lejos del lugar en que se verifica la gestion de sus negocios, juzgo que regularmente deberá presumirse que no quiso comprender en la procuracion general mas que sus negocios corrientes y ordinarios, por manera que si despues de otorgada la procuracion sobreviniese un negocio extraordinario que no hubiese podido preverse al tiempo de firmarse los poderes, este negocio no deberia presumirse facilmente estar comprendido en ellos. Como el procurador podria en este caso instruir con mucha facilidad al mandante antes de emprender dicho negocio,

deberá pedir antes instrucciones, y hasta un poder especial, segun sea la calidad del negocio.

II. Por el contrario si el que otorgó pederes generales hubiese partido para América ú otro pais remoto con ánimo de permanecer alli mucho tiempo; como no estará en situacion de poder ser informado de los negocios que tal vez sobrevengan durante su ausencia, en este caso debe darse mas ensanche à la procuracion, y debe presumirse que conprende no solo los negocios ordinarios, sino tambien los extraordinarios que puedan sobrevenir durante la ausencia del mandante.

§. II.

De lo que comprenden los poderes generales.

148. Un poder general comprende todo cuanto se refiere á la *administracion* de los bienes del mandante; pero no lo que es mas bien *disposicion* que *administracion*.

Segun esta definicion, podrá un procurador *omnium bonorum*, 1°. dar en arriendo ó alquiler los bienes del mandante, ó cuidarlos y utilizarlos por sí mismo. Los arrendamientos ó locaciones no podrán ser por mas tiempo del acostumbrado en el pais, que se computa por lo regular á nueve años. Los hechos por mas tiempo se acercan á una enagenacion, y exceden por consiguiente los límites de la administracion.

Hay sin embargo casos particulares en que los arrendamientos hechos por un tiempo mas largo no deberia reputarse que exeden los limites de la administracion que tiene un apoderado general; tal seria el caso en que se cediese á censo temporal un terreno inculto para reducirlo á cultivo, plantarlo de viña, etc.; como en este caso el espacio de nueve años es insuficiente para indemnizar al que toma las tierras, de los adelantos que tendrá que hacer en los primeros años en que la cosa no podrá producir fruto alguno, no creo que un procurador *omnium bonorum* se excediese de los límites de la administracion celebrando un arrendamiento de esta naturaleza por 20 ó 25 años.

149. 2°. Podrá hacer todos los gastos necesarios para mejorar y aprovechar los bienes que cuida por si mismo.

Ejemplo: Asi podrá comprar el estiercol que sea necesario para abonar las tierras, las cubas necesarias para colocar el vino de las cosechas, los peces necesarios para poblar los estanques, etc.

3°. Podrá hacer todos los contratos conducentes con los trabajadores para todas las reparaciones que tuviesen que hacerse en los bienes del mandante y comprar los materiales que para ello fuesen necesarios.

150. 4°. Podrá cobrar lo que se deba al mandante, y firmar las correspondientes ápocas ó recibos; *l.* 34, §. 3, *ff. de solut.*

¿Podrá admitir la redencion de los censos redimibles, y firmar la correspondiente ápoca á los deudores? creo quo puede. Por mas que la redencion es una enagenacion del censo, como sin embargo no puede ser denegada, parece que deberá entenderse comprendida en los límites de la administracion.

Un procurador *omnium bonorum* puede válidamente darse por satisfecho por los deudores no solo recibiendo un pago real de la deuda, sino tambien cuando ellos ú otros en su nombre contraen otra nueva obligacion en vez de la antigua haciéndose esto en bien del mandante. La ley 20, §. 1, *ff. de novat.* dice expresamente que el procurador *omnium bonorum novare potest*, como puede hacerlo el tutor, *si hoc pupilo expediat.*

151. 5°. El procurador *omnium bonorum* puede asimismo compeler judicialmente á los deudores al pago de sus deudas, y hacerlos ejecutar si los títulos trajesen aparejada ejecucion.

Este principio sufre excepcion respeto de un deudor que asimismo tuviese poderes generales del acreedor para administrar; porque siendo apoderado general de su acreedor puede pagarse á sí mismo lo que debe al mandante á quien lo abonará despues en sus cuentas; asi es que puede fundadamente negarse á verificar el pago al otro procurador, á no ser que este tuviese un poder especial para exigir dicho pago; *l.* 47, *ff. de procur*, y tambien la *l.* 48.

Si el procurador *omnium bonorum* hubiese entablado infundadas gestiones contra personas que nada debian al mandante, se habria excedido de los límites de su poder, por el cual tenía facultad para perseguir á los deudores del mandante, pero no á los que nada le debian, á no ser que le hubiese asistido un justo motivo para creerlos deudores, como si hubiese encontrado documentos que asi lo justificasen, sin tener noticia de que tales créditos habian sido ya satisfechos.

152. 6°. Puede tambien un apoderado general entablar deman-

das ordinarias contra los deudores cuando los títulos no son ejecutivos: puede intentar *interdictos* posesorias para defender la posesion del mandante contra cualquier perturbacion que se intentase, formar tercerias de dominio y hacer en fin todas las gestiones necesarias para conservar los derechos del mandante. Todos estos actos pertenecen á la administracion; *l.* 12, *ff. de pact.*

153. En cuanto á otras demandas que el mandante pretenda tener derecho para intentar, pero que no pueden considerarse como negocios corrientes y ordinarios, el procurador *omnium bonorum*, no puede presumirse que tenga facultad para entablarlas, á no ser en el caso y segun la distincion que propusimos antes, *n*º. 147.

Aun respeto de las acciones que no tienen otro objeto que recabar el pago de un deudor, si presentasen mucha dificultad, y pudiesen dar lugar á enormes gastos; el apoderado general que está en situacion de poder consultar el mandante, no podrá intentarlas sin haber antes consultado á este y haber recibido un poder especial.

154. Por lata que se suponga una procuracion general, no podrá extenderse á las demandas criminales que deben ser firmadas precisamente por el mismo querellante ó por un procurador especial.

155. Asi como el procurador *omnium bonorum* puede en nombre del mandante entablar demandas judiciales, podrá tambien contestar á las que se hubiesen puesto contra su mandante, ó sujetarse á ellas, si las encuentra justas y fundadas.

Este principio tiene lugar respeto de todas las demandas, cuando el procurador no puede consultar al mandante. Mas si está en disposicion de poderlo consultar, no podrá contestarlas sin previa consulta y orden especial del mandante, á no ser que la contestacion no ofreciese la menor dificultad; ni podrá sujetarse á ellas, sino cuando su justicia fuese evidente.

156. 7º. Si el apoderado general no tuviese una prueba suficiente del crédito del mandante, podrá deferir el juramento decisorio al deudor; *l.* 17, §. *fin. de jurejur.*

Esto debe limitarse al caso en que las reglas de una buena administracion exigen que se acuda á este último recurso, cuando no hay esperanza de tener otras pruebas. En esto se parece un apoderado general à un tutor, *l.* 35, *ff. de jure jur.* Fuera de

este caso el apoderado general, lo mismo que un tutor, se excederia, si difiriese el juramento á un deudor sobre un crédito ó derecho que pudiese justificarse con buenas pruebas.

157. 8º. Vinio hace la misma distincion respeto de la transaccion, que en cuanto al juramento decisorio.

Como son tan semejantes estos dos casos, ya que el juramento decisorio encierra una especie de transaccion, segun la ley 2, *ff. de jurejur*, pretende que estas palabras de Paulo en la ley 60, *ff. de procur*: *Mandato generali non contineri transactionem decidendi causa interpositam*, deben únicamente aplicarse al caso en que el procurador quisiese transigir sobre un derecho que podria fundarse en buenas pruebas, en cuyo caso dice que se excederia de los límites de su poder un procurador *omnium bonorum* que asi dispusiese y menoscabase los derechos de su mandante, cuando estaba en su mano hacerlos valer de una manera directa y eficaz. Mas si las pruebas del derecho del mandante fuesen muy equívocas, el procurador *omnium bonorum* que sobre él transigiese de una manera conforme á las reglas de buena administracion, no cree Vinnio que se exceda. Para apoyar esta distincion echa mano de la ley 12 *cod de transac.*, donde hablando de los administradores de bienes propios de ciudades que son una especie de procuradores *omnium bonorum*, se dice: *Præses provinciæ ex istimabit utrum de dubia lite transactio, inter te et civitatis tuæ administratores facta sit, an ambitiose id quod dubitate debere posset remissum sit, nam priori casu ratam manere transactionem jubebit, etc.*

Pienso no obstante que no debe dispensarse facilmente á un procurador *omnium bonorum* la facultad de transigir; porque mas bien que una simple administracion de bienes, es la transaccion una disposicion de los mismos y de los derechos del mandante que deben sacrificarse en parte á una conciliacion amistosa. Para conceder ó negar dicha facultad es preciso tener en cuenta muchas circunstancias, tales como la de hallarse lejos el mandante, la importancia del negocio, si este tuvo su origen despues de otorgados los poderes, etc.

Si el mandante no estuviese muy lejos, de manera que el procurador *omnium bonorum* pueda facilmente consultarle acerca de sus negocios extraordinarios que puedan sobrevenir, debe presumirse que el mandante al otorgar la procuracion general solo quiso encargar al procurador sus negocios corrientes y ordinarios

que no presentan dificultad. Asi es que se excederá de los límites de los poderes el procurador *omnium bonorum*, si transige un proceso promovido contra su mandante, sin consultarle ni haber recibido un poder especial paro ello. Esta transaccion es un negocio extraordinario que no debe entenderse comprendido en los poderes. Al contrario si el mandante nombrase el apoderado general al emprender un viage para lejanos paises, no pudiendo ese apoderado consultarle en los negocios extraordinarios que sobrevengan, deberá entenderse comprendida en los poderes la administracion de tales negocios extraordinarios, como tambien la facultad de transigir cuando la prudencia y las reglas de buena administracion asi lo exijan.

Obsérvese asimismo que si el mandante hubiese empezado el pleito antes del nombramiento del apoderado general, y hubiese manifestado su voluntad de sostener el pleito no deberá facilmente presumirse haber querido conferir á su apoderado la facultad de transigirlo, á menos que despues de su partida el proceso hubiese cambiado de aspecto á causa de haber producido la parte contraria algunas piezas ó documentos de que no tuviese noticia el mandante; en este caso el procurador que no está en posicion de poder consultar al mandante, no se excederá de sus poderes no solo transigiendo el pleito, sino tambien desistiendo de la demanda pura y simplemente, ó bien conformándose con la del adversante, segun sea el mandante actor ó convenido, siempre que los documentos producidos por el adversante fuesen de todo punto decisivos.

158. 9.º El apoderado general podrá pagar con el dinero de su administracion á los acreedores del mandante: *l.* 87, *ff. de solut. l.* 59, *ff. de procur.*

Si no hubiese deudas exigibles que pagar, podrá invertir el dinero en la redencion de los censos que deba el mandante; pues es evidente que esta es la inversion mas útil que puede darse al dinero de la administracion.

Si no hubiese ni deudas exigibles que pagar, ni censos que redimir, ¿podrá el apoderado general emplear el dinero de la administracion como mejor le parezca, ó bien adquiriendo censos ó comprando fincas, cuando en los poderes nada se establece acerca de esto? Creo que puede decidirse esta cuestion á tenor de la distincion que antes sentamos. Si la procuracion hubiese sido firmada por uno que emprendia un largo viage de que no habia de volver hasta despues de mucho tiempo, deberá darse mas extension á los poderes, debiéndose presumir que ha dejado á la eleccion de su procurador al dar al dinero de lo administracion el empleo que mejor le parezca. Empero juzgo que deberia ser de otra manera, si el mandante no estuviese muy lejos, y pudiese su apoderado consultarle facilmente acerca del empleo del dinero. Entonces el procurador deberia consultar al mandante y esperar sus órdenes para invertir el dinero, á no ser que se le autorizase en los poderes para emplearlo como mejor le pareciese.

159. 10.º En cuanto á la enagenacion de las cosas que constituyen parte de los bienes del mandante, como por la procuracion general solo se encarga al mandatario la administracion y no la disposicion de dichos bienes, síguese que las facultades del apoderado general se limitarán á aquellas enagenaciones que exija la administracion, y no otras. A tenor de este principio Modestino solo permite al apoderado general la venta de los frutos de las cosechas y de las cosas que pueden echarse á perder; *l.* 63, *ff. de procur.* Podrá tambien hacer algunas otras ventas que entren en la administracion, y que como tales se entienden permitidas al apoderado general. Véase la ley 12 y *fin. ff. de cur. fur.*

Empero cualesquiera otras enagenaciones que no exija la administracion, quedan prohibidas á los apoderados generales.

En esto son menores las facultades de tales procuradores respeto de los bienes cuya administracion les ha sido confiada, que las que competian á los esclavos é hijos de familia respeto de los bienes de su peculio que administraban; pues estos podian enagenar á su gusto tales bienes; *l.* 28, *ff. de ping. act. et passign.* Esta diferencia se funda en que el peculio era una especie de patrimonio que el dueño ó el padre permitian á sus esclavos ó hijos, separado de su propio patrimonio; y esta concesion encerraba necesariamente una administracion amplia, para que el hijo y el esclavo pudiesen disponer como de cosas que en cierta manera les pertenecian, de los bienes que formaban este pequeño patrimonio. Por el contrario como los bienes cuya administracion tiene confiada un apoderado general, no pueden bajo ningun concepto considerarse como su patrimonio, las facultades que le competan, deberán ser en cuanto á las enagenaciones, limitadas á aquellos objetos cuya disposicion exija la simple administracion.

160. 11.° Asi como el apoderado general no puede enagenar los bienes que administra, sino en cuanto la buena administracion lo exija, tampoco podrá sino en el mismo concepto gravarlos é hipotecarlos.

Ejemplo: Asi es que puede hipotecar é hipoteca todos los bienes del mandante para seguridad de las obligaciones que contrae en escrituras públicas, cuando estas obligaciones se refieren á actos de su administracion, cuales son las que contrae en los contratos que celebra con empresarios, arquitectos, trabajadores, etc. para reparar ó mejorar los bienes administrados.

Asi mismo puede obligar los bienes en préstamos de cantidades módicas, contraidos con alguno de dichos objetos. Mas si, aunque fuese en su calidad de procurador, tomase prestadas gruesas sumas que excediesen los límites de su administracion, ó que no se comprendiese que destino podria darlas, entonces se excederia de sus facultades, y no obligaria la persona y los bienes del mandante.

No solo puede el apoderado general cuando la administracion lo exige, contraer en su calidad de procurador obligaciones bajo hipoteca general de los bienes del mandante, sino que tambien podrá, cuando tal circunstancia concurra, dar enpeño efectos particulares de los bienes que administra, sobre todo si su mandante tenia ya costumbre de tomar prestado sobre prendas; *l.* 12, *de pignor. act.*

161. 12.° Un apoderado general tiene facultad para aceptar las donaciones que se le hicieren al mandante. Por la misma razon podrá tambien recibir los legados particulares ó universales hechos al mandante y reclamarlos judicialmente en caso necesario.

162. Mas no bastarian los poderes generales para que un procurador pudiese aceptar como tal una herencia conferida á su mandante. La razon de esta diferencia es evidente. La aceptacion de una donacion ó de un legado, por mas que sean universales, no puede jamas perjudicar al mandatario ó legatario, porque por mas que los legatarios ó donatarios universales sean responsables de las deudas, solo lo son en cuanto alcanzaren los bienes donados ó legados, y siempre pueden desentenderse de esas deudas dimitiendo los bienes. Como pues la aceptacion de las donaciones ó legados no puede dejar de ser un buen negocio, deberá presumirse que va comprendida en una procuracion general. Por el contrario

la aceptacion de una herencia obliga al aceptante á pagar todas las deudas hereditarias conocidas ó ignoradas, aun cuando sobrepujen infinitamente las fuerzas de la herencia. Ahora bien, no puede presumirse que el que da á alguno poderes generales para administrar todos sus negocios, haya querido concederle facultad para contraer en su nombre obligaciones indefinidas: por esto no debe entenderse comprendida en una procuracion general la facultad de aceptar una herencia. Asi es que si un apoderado general diese á su mandante una calidad de heredero en algun acto concerniente á los negocios de una herencia que le hubiese sido deferida, ó si en nombre del mandante y sin saberlo este tomase posesion de los bienes de esta herencia, y dispusiese de ellos; el mandante podria no aprobar este proceder y renunciar la herencia, abonando todo lo que hubiese aprovechado de ella.

De otra suerte fuera, si el apoderado hubiese tomado posesion de la herencia á vista y ciencia de su principal; porque tolerando este acto se entiende que lo verifica él mismo por ministerio de su procurador, y obra igual resultado que si le hubiese dado un poder especial para ello. *V. supra, n.* 29.

Por mas que un procurador que solo tiene poderes generales, no puede aceptar una herencia deferida á su mandante; deberá sin embargo tomar inventario de los efectos y títulos concernientes á la herencia, y practicar todos los actos necesarios para conservar estos bienes; en cuanto á lo demas deberá dar aviso á su principal, y esperar sus órdenes. Si no estuviese en situacion de poder consultar al mandante á causa, por ejemplo, de residir este en un pais muy distante, podrá tomar posesion de la herencia, proceder á la venta de los muebles, pagar los acreedores que primero se presentasen, como que en esto no perjudica á su principal, quien en caso de descubrirse mas deudas que bienes hay, podrá á su vuelta renunciar la herencia, dando cuenta de los actos que respeto de ella hubiese practicado su apoderado, porque este no podia obligarle en su calidad de heredero en todo lo que hubiese practicado sin su conocimiento.

163. ¿Podrá un apoderado general renunciar la herencia conferida á su mandante? Solo puede tener lugar esta cuestion en el caso en que el mandante fuese emplazado y perseguido por los acreedores hereditarios; puesto que mientras esto no suceda, es

evidente que el apoderado no deberá renunciarla, ya que nada le obliga á ello.

Si se quisiese obligar al apoderado á que en nombre de su principal declarase si aceptaba ó no la herencia, deberá aplicarse nuestra distincion. Si el mandante no estuviese tan lejos que pudiese instruírsele sin gran dificultad de tales instancias, creo que el procurador deberia consultarle y esperar sus órdenes, sin que debiese conceptuarse facultado para renunciar la herencia en nombre de su mandante, hasta haber recibido un poder especial. Mas si el mandante se encontrase á grandísima distancia, en la imposibilidad de darle aviso de las instancias contra él promovidas, soy de dictamen que el apoderado general debe reputarse facultado para renunciar la herencia á fin de evitar la condena que recaeria sobre el mandante por no declarar su voluntad de admitir ó desechar la herencia.

Bajo tal distincion debe entenderse la ley 65, §. 7, *ff. pro. soc*, donde se dice que un apoderado general puede lo mismo que uno especial renunciar á una sociedad celebrada por el mandante con otras personas, y disolverla. Creo que el apoderado general solo tiene esta facultad, si concurren estas dos circunstancias, 1.ª que el mandante se halle en un pais muy lejano, por manera que el procurador no pueda consultarle; 2.ª que atendidas las circunstancias nuevamente sobrevenidas interese á los negocios del mandante renunciar á la sociedad fuera de este caso no creo que el apoderado que solo tiene la administracion no la disposicion de los bienes del mandante, pueda romper una sociedad que este juzgó conveniente celebrar.

164. Por lata que sea una procura general, nunca dará facultad al procurador para disponer por via de donacion de la menor cosa de los bienes que administra. Las leyes romanas negaban esta facultad al hijo de familias respeto de las cosas de su peculio cuya libre administracion le habia confiado su padre, por mas que ese peculio fuese considerado en cierta manera como un patrimonio propio del hijo: *l.* 17 *ff. de donat*. Con mayoria de razon pues deberá negarse esta facultad á un apoderado general á quien por latos que sean sus poderes, nunca puede considerársele mas que como un simple administrador.

Consecuencia de este principio es que el apoderado general no tenga facultad para hacer una condonacion gratuita de un derecho

perteneciente á su principal, puesto que esto seria una verdadera donacion. Gayo se funda en esto para decidir que un apoderado general no puede prestar su consentimiento para la remision de un derecho de hipoteca perteneciente al mandante; *l.* 7, §. 1, *ff. quom. pig. solv.*

165. Hay sin embargo algunas condonaciones que pueden mirarse como parte de una buena administracion, y por consiguiente comprendidas en un poder general. Tales son las absoluciones que hacen los acreedores á un deudor que se ha declarado en quiebra, á fin de salvar el resto de sus créditos. En mi concepto puede un apoderado general aun, que no tenga un poder especial para ello, adherirse á lo que hagan los demas acreedores respeto de un deudor de su mandante, pues es administrar y administrar bien sacrificar una parte del crédito para salvar el resto, cuando amenaza un peligro inminente de perderlo todo. Esto deberia tener lugar mas particularmente, si el mandante por hallarse muy lejos no pudiese ser consultado.

En el mismo caso se hallan las condonaciones ó rebajas que hacen comunmente los señores directores de una parte de los derechos señoriales que por los traspasos acreditan. Siendo costumbre general el hacer tales rebajas y haciéndolas constantemente casi todos los que tienen señorios, natural y muy regular es que puedan hacerlas sus apoderados generales. Tal es la costumbre.

166. Finalmente cualquiera que sea la latitud que haya dado el mandante á los poderes, no podrá el apoderado celebrar otros contratos que los que crea de buena fé deber hacer en bien de los intereses que administra. No cabe pues duda que se excede en sus facultades siempre que para favorecer á un extraño y en perjuicio de su principal dispone de los bienes de este. Asi es que todo lo que aparezca hecho con tales miras, no es válido ni obliga al mandante. Asi lo enseña Scévola respeto de un procurador á quien se suponen concedidas las mas amplias facultades para tratar y contratar, vender y hacer todo lo que mejor le pareciese; como si fuese dueño de los bienes administrados; *l.* 60, §. 4, *ff. mand.*

Es asimismo evidente que un apoderado general, por latos que sean sus poderes, se excederá siempre que disponga de los bienes que administra por su interes privado; *d.* §. 4.

APENDICE.

DEL CUASI-CONTRATO *NEGOTIORUM GESTORUM.*

167. Siempre que alguno trata un negocio de otro sin su orden ni noticia, no interviene entre aquel y este ningun contrato de mandato, porque no media consentimiento ni el concurso de voluntades indispensable para toda convencion.

Ya que esta gestion no forma un verdadero contrato, formará un cuasi-contrato que produce entre las partes obligaciones semejantes á las que resultan del contrato de mandato.

El que gestiona un negocio ageno contrae, lo mismo que el mandatario, la obligacion de dar cuenta de lo que en tal sentido hubiese practicado, á aquel cuyo es el negocio, y de entregarle todo cuanto con motivo de la gestion hubiese percibido; y aquel cuyo es el negocio queda obligado á indemnizar al que lo realizó todo cuanto le hubiese costado. El fundamento de este contrato es la equidad natural que exige que el que se mete en negocios agenos, debe dar cuenta de sus actos, y que no permite que aquel cuyos negocios han sido administrados pueda utilizarse del celo de aquel que se los administró, sin al menos indemnizarle.

Acerca de este cuasi-contrato veremos, 1°. los requisitos necesarios para formarlo, 2°. las obligaciones que produce.

SECCION I.

DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA FORMAR EL CUASI-CONTRATO NEGOTIORUM GESTORUM.



Muchos son los requisitos necesarios para formar este cuasi-contrato: 1°. es preciso que haya un negocio cuya gestion forme

su objeto, y que haya dos personas de las cuales una haya realizado el negocio, y otra á quien este concierna; 2°. es necesario que el que lo llevó á cabo lo haya hecho sin orden ni noticia de aquel cuyo es el negocio; 3°. es necesario, al menos segun la sutilidad del derecho, que el que gestionó el negocio, lo haya hecho con intencion de tratar un negocio ageno; y es necesario sobre todo que haya tenido una intencion formal de hacerse reintegrar los gastos que hubiese tenido que hacer.

ARTICULO I.

ES NECESARIO QUE HAYA UN NEGOCIO CUYA GESTION SEA EL OBJETO DE ESTE CUASI-CONTRATO, Y QUE HAYA DOS PERSONAS DE LAS CUALES LA UNA HAYA GESTIONADO EL NEGOCIO, Y OTRA A QUIEN ESTA CONCIERNA

168. Es evidente que no puede haber un cuasi-contrato *negotiorum gestorum* sin un negocio cuya gestion sea su objeto; por lo demas no importa que sean uno ó muchos negocios *l.* 3, §. 2, *ff. de neg gest.*

169. No es menos evidente que no puede subsistir este cuasi-contrato sin dos personas, una de las cuales egecute el negocio, y otra cuyo este sea. Asi es que si alguno hubiese realizado un negocio propio, por mas que estuviese persuadido de que era ageno; no podrá entenderse formado este cuasi-contrato; *l.* 6, §. 4, *ff. de neg gest.*

170. Si empero el negocio solo concerniese en parte al que lo realizó, y en parte á mí; por esta parte habrá el cuasi-contrato *negotiorum gestorum*, y proporcionalmente á ella deberé indemnizar al que lo egecutó los gastos que hubiese tenido que hacer; *d.* §. 4.

171. Paraque tenga lugar este cuasi-contrato, y quede yo obligado, no es necesario que el negocio que otro emprende, sea propio y principalmente mio; basta que sea un negocio de que esté yo encargado, y en cuya ejecucion tenga interés.

Ejemplo: A tenor de este principio decide Ulpiano que si por consideracion á tí y para evitarte toda responsabilidad hubiese yo emprendido algun negocio de un pupilo cuyo tutor eres, esta gestion formará entre nosotros dos el cuasi-contrato *negotiorum gestorum, et habebo te obligatum*; *d. l.* 6.

172. Por mas que el negocio que yo realicé por tí y en tu nombre, no te concerniese en nada al tiempo de la gestion, no por esto dejará de formarse entre nosotros este cuasi-contrato, si despues de haber aprobado tu mis actos esta aprobacion convirtiese en tuyo el negocio.

Ejemplo : Si sin orden tuya hubiese cobrado en tu nombre una cantidad de dinero de uno que creia debértela y no te la debia; por mas que esa cobranza fuese un negocio que al tiempo de verificarlo en nada te concernia, no obstante si despues la hubieses ratificado, la ratificacion hace que dicha cobranza haya formado entre nosotros el cuasi-contrato *negotiorum gestorum*, porque ella convierte en tuyo un negocio que antes no lo era. A tenor de aquella regla de derecho *ralihabitio mandato comparatur*, y esotra, *qui mandat ipse fecisse videtur*, en virtud de la ratificacion se entiende que tu cobraste, y por consiguiente deberás verificar la restitucion al que pagó indebidamente. Hé aqui como el cobro que hice en tu nombre, se ha convertido en un negocio tuyo, ya que estás obligado á restituir la cantidad cobrada, y hé aqui porque yo debo darte cuenta de esta gestion; *d. l.* 6, §. 9, y tambien el §. 10.

De otra suerte seria, si el negocio que yo hubiese emprendido en obsequio tuyo y creyendo que te concernia, fuese tal que tu aprobacion no pudiese convertirlo en negocio tuyo; como si hubiese apuntalado una casa que amenazaba ruina, creyendo equivocadamente que era tuya, siendo asi que era de otro. La aprobacion que dieres en tal caso á lo por mi practicado, como que no te dá ningun derecho ni impone obligacion, ni produce efecto alguno, no podrá convertir en tuyo este negocio, ni por consiguiente formar entre nosotros un cuasi-contrato *negotiorum gestorum* ; *d. l.* §. 11.

173. Por mas que aquel cuyo negocio administré, fuese un impuber que no puede contraer obligacion alguna sin la autoridad de su tutor, no por esto dejará de formarse entre nosotros este cuasi-contrato con todas las obligaciones recíprocas que le son proprias; *l.* 2, *cod. de neg. gest.*

Asimismo cuando alguno emprende sin mandato algun negocio de un demente, esta gestion formará entre ellos el cuasi-contrato *negotiorum gestorum* el cual producirá las obligaciones recíprocas que de él nacen; *l.* 3, §. 51, *ff. de neg. gest.*

174. El principio por el cual hemos establecido que para el cuasi-contrato *negotiorum gestorum* era necesario que hubiese dos personas, una de las cuales efectuase el negocio de la otra, puede entenderse asi de personas reales, como de ficticias. Asi es que si alguno hubiese ejecutado sin mandato un negocio concerniente á una herencia vacante, esta gestion da lugar al cuasi-contrato que nos ocupa, entre el que ejecutó el negocio y la herencia vacante que es una persona ficticia; *Hæreditas jacens personam defuncti sustinet :* puede contraer obligaciones y adquirir derechos; *V. trat. de las oblig. n.* 126.

ARTICULO II.

PARA EL CUASI-CONTRATO NEGOTIORUM GESTORUM ES NECESARIO QUE EL QUE EJECUTA UN NEGOCIO DE OTRO, LO HAGA SIN SU ÓRDEN NI CONOCIMIENTO.

§. I.

Es necesario que lo haga sin su órden.

175. Para que tenga lugar el cuasi-contrato *negotiorum gestorum*, es necesario que el que ejecutó el negocio de alguno lo haya hecho sin su órden, porque si hubiese mediado alguna órden, no seria un cuasi-contrato, sino un verdadero contrato de mandato el que se habria celebrado; *l.* 6, §. 1, *ff. mand.*

176. Pero aun cuando el que realizó el negocio de otro hubiese creido tener órden suya sin tenerla, no pudiendo haber un mandato por falta del concurso de voluntades, la ejecucion del negocio traerá consigo un cuasi-contrato *negotiorum gestorum*.

177. Por la misma razon si mi mandatario se hubiese excedido de los límites de la procura que le dí, haciendo alguna cosa mas de lo prescrito, su gestion en cuanto á esto como que fué hecha sin órden mia, no va comprendida en el mandato, sino que forma entre nosotros un cuasi-contrato *negotiorum gestorum*. Papiniano, *l.* 32, *eod.* trae el siguiente

Ejemplo : Si uno á quien cierto deudor habia dado órden para que le afianzase una de dos deudas que tenia á favor de algun acreedor, hubiese satisfecho estas dos deudas y recobrado las cosas que el acreedor tenia en prenda, decide el citado jurisconsulto que en cuanto á aquella de las dos deudas que el deudor no habia

encargado fuese afianzada, tendrán lugar por una y otra parte las acciones *negotiorum gestorum*.

178. Si yo hubiese realizado un negocio que te concernia, por mas que hubieses dado órden de que lo ejecutase otra persona, mi gestion formará entre nosotros el cuasi-contrato *negotiorum gestorum*. Asi lo enseña Africano en la ley 46, §. 1, *eod.*

179. La gestion de un negocio tuyo sin tu órden forma entre nosotros el cuasi-contrato *negotiorum gestorum*, tanto si emprendí esta gestion sin recibir órden de nadie, como si medió para ello órden de un tercero; en este último caso quedará á eleccion mia el hacerme reembolsar los gastos de la gestion ò bien por ti en virtud de la accion *negotiorum gestorum*, ó bien por el que me dió la órden en fuerza de la accion *mandati*; *l.* 3, §. *fin. eod.*, *l.* 14, *cod. d. tit.*

§. II.

Es necesario que el que realizó un negocio de otro, lo haya hecho sin su noticia.

180. Sin esto no puede tener lugar el cuasi-contrato *negotiorum gestorum*; porque cuando alguno cuida los negocios de otro á su vista y con su noticia, este ó bien lo tolera, ó bien se opone: si lo tolera repútase que da para ello un mandato tácito, como vimos antes, *n.* 29; hay pues un verdadero contrato no un cuasi-contrato.

181. Si se opone, y á pesar de su oposicion el otro realiza el negocio, no se formará este cuasi-contrato al menos por una y otra parte. El que hizo el negocio contraerá la obligacion de dar cuenta de él á aquel cuyo era, si se la pide, mas este por su parte no contraerá obligacion alguna; *l.* 40, *ff. mand.*

Justiniano sancionó la opinion de Paulo y de Pomponio en la ley que acabamos de citar, que era la misma de Juliano, en su constitucion que forma la ley *fin. cod. de neg. gest.*, concluyendo que en tal caso *nullam esse vel directam vel utilem contrariam actionem... licet bene res ab eo gestæ sint.*

Añade Justiniano al fin de esta ley que si la prohibicion del dueño no hubiese sido notificada desde el principio á este *negotiorum gestor*, solo se le negará toda accion por razon de los gas-

tos que hubiese hecho despues que supo la prohibicion, y no en cuanto á los que hubiese hecho antes. Fúndase esto en la naturaleza de este cuasi-contrato que es muy semejante al mandato. La gestion de un negocio de uno que tiene interes en que se haga, cuando se emprende sin su conocimiento, se hace en verdad sin un mandato formal: pero se supone una especie de mandato ficticio y presunto; pues debe presumirse que aquel cuyo era el negocio, habria dado órden para que se realizase á haber sabido que se intentaba hacerlo, ya que en ello tiene su provecho; mas este mandato presunto no puede suponerse, cuando media una prohibicion formal de parte de aquel cuyo es el negocio, y por consiguiente la gestion en tal caso no puede dar lugar al cuasi-contrato que nos ocupa.

182. No teniendo el que ejecutó un negocio á pesar de la prohibicion la accion contraria *negotiorum gestorum* para reclamar los gastos de la gestion, ¿deberá perderlos, aun cuando la persona cuyo era el negocio, haya reportado provecho?

Ejemplo: Si en la especie que propone la ley 40, antes citada, yo hubiese afianzado por tí una deuda contra tu voluntad expresa, no teniendo la accion contraria *negotiorum gestorum* á causa de haber ejecutado el negocio á pesar de tu prohibicion, ¿deberé perder la cantidad que en virtud de la fianza prestada hubiese tenido que satisfacer á tu acreedor, y de la cual sacaste tu gran provecho, puesto que en fuerza del pago por mi verificado quedaste libre de la deuda? ¿no fuera esto contrario á la equidad natural que no permite que nadie se enriquezca á costa de otro? ¿no debe favorecerme este principio de eterna justicia, y á falta de accion contraria *negotiorum gestorum* no deberé tener para reclamar la cantidad satisfecha en beneficio tuyo la accion general *in factum* que tiene lugar *quoties alia actio deficit*? Los doctores están en desacuerdo acerca de esta accion. Me parece que debe presentar menos dificultad en nuestra jurisprudencia moderna en que para nada contamos con los nombres de las acciones, y la sola equidad natural basta para producir una obligacion civil y una accion. Ahora bien, cuando tu sacas provecho y ventaja de un negocio que yo ejecuté, aunque contra tu voluntad, para hacerte un favor á pesar tuyo, la equidad natural que no permite que nadie se enriquezca á costa de otro, te obliga á indemnizarme al menos en cuanto al provecho que de mi gestion hubiese sacado

Asi opina Antomne en su comentario á la ley *fin. cod. de neg. gest.*, que dice no tener lugar entre nosotros.

183. De todos modos esta accion que se concede al que administra mis negocios á pesar mio, no le dará el mismo derecho que tiene un verdadero *negotiorum gestor*; porque no podrá reclamar lo que hubiese adelantado, sino en cuanto yo hubiese sacado mi provecho positivo de sus adelantos.

Asimismo aun cuando esté yo obligado á satisfacer estos adelantos por el provecho que de ellos he sacado, la circunstancia de mi prohibicion debe inclinar al juez á otorgarme mas facilmente los plazos que le pida, para hacer el reintegro. Mi acreedor tal vez me habria concedido estos mismos plazos.

184. Si el negocio que yo hubiese realizado, concerniese á dos personas, y solo una de ellas se hubiese opuesto á mi gestion; esta oposicion no impide que me competa la accion contraria *negotiorum gestorum* contra el que no se opuso; *l.* 8, §. 3, *ff. de neg. gest.*

Nótese que esta accion solo me compete contra el que no se opuso á mi accion en la parte que le cabe en el negocio.

ARTICULO III.

ES NECESARIO QUE EL QUE EMPRENDE UN NEGOCIO DE OTRO, LO HAGA CON INTENCION DE HACER EL NEGOCIO DE QUIEN SEA, Y DE REPETIR CONTRA ÉL LOS GASTOS QUE HAGA.

185. Segun la sutileza del derecho, para que tenga lugar el cuasi-contrato *negotiorum gestorum* y la accion que de él nace á fin de repetir los gastos de la gestion, es necesario que el que la emprende, lo haga con ánimo de hacer el negocio de otra persona, y de repetir los gastos que por esta razon tenga que adelantar.

186. Cuando solo tiene una voluntad implícita é hipotética de reclamar estos gastos de la persona de quien no creia fuese el negocio, contando que le concernia á él mismo ó á otra persona; por mas que segun la sutileza del derecho no forme esta gestion el cuasi-contrato *negotiorum gestorum*, sin embargo la equidad no deja de atribuirle una accion para repetirle estos gastos de la persona cuyo era efectivamente el negocio.

187. Empero cuando el que ejecuta el negocio de una persona lo hace con voluntad formal é implícita de no exigirle los gastos de su gestion, y solo lo hace para mostrarle con esto su afecto y gratitud; entonces hay una verdadera donacion: no hay cuasi-contrato *negotiorum gestorum*, ni tiene lugar la accion contraria que de él dimana.

Para desemvolver mas y mas estos principios los aplicaremos á distintos casos.

PRIMER CASO.

CUANDO EL QUE EJECUTA EL NEGOCIO DE UNA PERSONA TIENE LA INTENCION DE HACER POR ELLA ESTE NEGOCIO, Y DE REPETIR LOS GASTOS QUE TENGA QUE HACER.

188. En este caso hay el verdadero cuasi-contrato *negotiorum gestorum*, y tienen lugar por una y otra parte las acciones que de él dimanan.

SEGUNDO CASO.

CUANDO EJECUTO UN NEGOCIO TUYO CREYENDO QUE ES MIO.

189. En este caso no se forma entre nosotros el cuasi-contrato *negotiorum gestorum*, y á no consultar mas que la sutileza del derecho, como que no tengo intencion ni de ejecutar un negocio tuyo, ni de obligarte por consiguiente á reintegrarme los gastos que hiciese, no deberia competerme la accion contraria *negotiorum gestorum*. Pero la equidad natural que no permite que nadie se enriquezca á expensas de otro, me concede á pesar de la sutileza del derecho una accion contra tí para exigirte el reintegro de mis adelantos en cuanto tu sacaste de ellos provecho.

Considerando solo la sutileza del derecho decide Juliano que el que hubiese hecho gastos en una casa que creia pertenecerle, solo tiene la via de excepcion y retencion de la cosa para reclamarlos de aquel cuya es la casa, y que de ellos se aprovecha; *l.* 33, *ff. cond. indeb.* En este mismo sentido debe entenderse la ley 14, *ff. de dol. et met. except.*

En efecto ese posesor no puede tener con el dueño de la finca ninguna de las acciones civiles que el derecho civil concede, pro-

venientes de un cuasi-contrato por el mismo derecho autorizado. No tiene la que nace del cuasi-contrato *negotiorum gestorum*, pues haciendo aquellos gastos no contaba hacer el negocio de aquel cuya era la finca, sino el suyo. Tampoco le compete la *condictio indebiti* hija del cuasi-contrato *indebiti per errorem soluti*, como si hubiese pagado mas de lo que debia entregando la finca sin retenerse los gastos hechos en su mejora, por los cuales le competia el derecho de retencion, porque se llama propiamente *pago* la dacion ó traslacion de dominio que hace una persona á otra de una cosa que le debe ó cree deberle. Pero la restitucion de una cosa al que es su dueño, no es un *pago*: luego no hay el cuasi-contrato *indebiti per errorem soluti*; luego el posesor que restituyó la finca sin retener los gastos en ella hechos, no puede tener la *condictio indebiti*; *d. l*, 33, *ff. cond. indeb*.

Por el contrario Africano ha considerado la equidad mas bien que la sutileza del derecho en las especies de la ley última *ff. de neg. gest.*, concediendo por una y otra parte las acciones *negotiorum gestorum*, por mas que en dichas especies que cita, el que realizó un negocio mio no tuvo intencion de hacer mi negocio, sino que creyó mas bien hacer el suyo. Sacaremos de esta ley el siguiente

Ejemplo: Creyendo tu que te pertenecia una herencia que realmente era mia, entregaste algunas cosas tuyas propias que el difunto habia legado. Por mas que en este caso creiste tu hacer un negocio tuyo mas bien que mio, pagando legados de que te creias deudor, sin embargo como en virtud de este pago ejecutaste sin saberlo un negocio mio procurándome la liberacion de una deuda, aun cuando la sutileza del derecho te niega la accion contraria *negotiorum gestorum*, porque no fué tu ánimo hacer mi negocio ni obligarme, no obstante la equidad que debe ser superior á la sutileza del derecho, te concede una accion contra mí para reclamar el valor de lo que pagaste en cumplimiento de estos legados que yo debia satisfacer, y de que quedo libre con tu pago: sin esto yo me enriqueceria á tu costa, cosa que no puede permitir la equidad.

190. Esta accion se concede no solo á aquel que emprendió de buena fé la gestion de mi negocio, creyéndolo suyo, sino tambien á aquel que lo efectuó *animo deprœdandi*, con la mira de su provecho y no con la de hacer mi negocio. *Ipse tamen*, dice Juliano en la ley 6, §. 3 *ff. de neg. gest.* hablando de este caso, *si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accesit, sed in id quo locuptetior factus sum, habet contra me actionem.*

191. Cuyacio en sus comentarios á Juliano saca un argumento de esta ley para probar que en las leyes 33, *ff. de cond. indeb.*, y 14 *de dol. et met. except.*, antes citadas, Juliano y Paulo solo consideraron la sutilidad del derecho al decidir que un posesor que hizo gastos útiles en una finca que no le pertenecia, solo tiene la via de excepcion y de retencion para hacerse reintegrar estos gastos por el dueño de la finca que saca de ellos ganancia: que solo entienden decidir que ese posesor no tendria ninguna accion civil proveniente de un cuasi-contrato, como lo hemos expuesto nosotros mas arriba; pero no quieren negar á ese posesor la accion *in factum* que el pretor debiera concederle á pesar de la sutileza del derecho y á falta de acciones civiles, *sola æquitate motus*, á fin de que pudiese repetir los gastos hechos en cuanto sacase de ellos ganancia el dueño de la finca.

En efecto Juliano estaria en contaadiccion consigo mismo, lo que no puede creerse de tan gran jurisconsulto, si en la ley 33, *ff. cond. indeb.* debiese entenderse que negaba á ese posesor que ha hecho en mi finca gastos de que yo saco provecho, la accion *in factum* para su reembolso, cuando en la ley 6, §. 3, la otorga á aquel que solo se entremetió en un negocio que me concernia, con la sola mira de hacerme un mal tercio, y para hacer su negocio mas bien que el mio, á pesar de que por su mala fé merecia mucho menos que el otro que tal beneficio se lo dispensase.

192. En nuestra jurisprudencia que no admite las sutilezas del derecho romano, y que considera la sola equidad suficiente para producir una obligacion civil y para dar una accion eficaz, no cabe duda asi en las especies de las leyes 33 *de condict. indeb.* y 14, *de dol et met. except.*, como en la ley 6, §. 3, que el que hizo gastos de que yo saco provecho, debe tener accion contra mí en cuanto mi provecho sea efectivo.

A tenor de este principio debe decidirse que cuando un usufructuario muere antes de la cosecha, el propietario que recoge los frutos, debe satisfacer á los herederos de aquel los gastos de cultivo y siembra que su causante hubiese hecho; porque aun cuando al haccerlos creyó trabajar para sí, trabajó en realidad y

adelantó para el propietario que al cosechar los frutos se aprovecha de esos trabajos y adelantos.

193. Debemos hacer observar una diferencia que Juliano en la ley 6, §. 3, establece entre la accion que se concede en las especies propuestas en este párrafo, y la contraria *negotiorum gestorum*, con estas palabras, *non in id quod ei abest, quia* etc.

La accion contraria *negotiorum gestorum* que tiene el que realizó de buena fé por mi y en mi nombre un negocio en cuya ejecucion me cabia á mi interes, tiene por objeto el reembolso de todo lo que hubiese gastado para llevar á cabo utilmente dicho negocio, aun cuando despues hubiese quedado destruida esta utilidad por un caso imprevisto, como veremos en la seccion siguiente. Por el contrario como la accion que se dá en la especie que dicho párrafo explica, solo se funda en la equidad natural que no permite que nadie se enriquezca á costa de otro, solo dá al que realizó un negocio ageno el derecho para repetir los gastos hechos en cuanto de ellos reportó utilidad y ventajas aquel cuyo era el negocio; §. 3.

Lo mismo debe decirse en las especies de las leyes 33, *ff. de cond. indeb.*, y 14, *ff. de dolo et met except.*, y cuando alguno emprendió los negocios de otro á pesar de su prohibicion: en todos estos casos la repeticion solo se funda en aquella regla de equidad tantas veces citada.

TERCER CASO.

CUANDO EJECUTO UN NEGOCIO CREYENDO QUE CONCIERNE A PEDRO CON LA SOLA IDEA DE EJECUTAR UN NEGOCIO DE ESTE, A PESAR DE QUE EL NEGOCIO CONCERNIA A OTRO.

194. Si en este caso solo se consultase la sutilidad del derecho, no tendria yo accion alguna ni contra Pedro á quien no concernia el negocio, ni contra aquel cuyo era, porque no fué mi intencion hacer su negocio ni obligarle á mi favor.

No obstante á pesar de esa sutileza la equidad exige que asi como aquel cuyo es el negocio, puede exigir de mi que le de cuenta de la gestion, sin embargo de que no tenia intencion de obligarme para con él, asi tambien pueda yo exigirle el pago de los gastos que para la expedicion de su negocio hubiese tenido que adelantar.

Y aun puede decirse que en este caso mi gestion forma entre nosotros dos una especie de cuasi-contrato *negotiorum gestorum*, aunque algo impropio; porque si bien es cierto que con la realizacion del negocio no tuve intencion formal, túvela al menos virtual é implícita de egecutar el negocio por aquel cuyo fuese, y de obligarle al reembolso de los gastos, ya que no puede negarse que mi intencion implícita era realizar el negocio de quien quiera que fuese, y obligar al interesado al reembolso de los gastos. Si fué mi ánimo realizar un negocio de Pedro y obligarle al reembolso de los gastos, fué solo porque creia equivocadamente que á él concernia el negocio. La ley 45, §. 2, *ff. de neg. gest*, nos dá de esto un

Ejemplo: Ticio satisfizo con su dinero á los acreedores hereditarios de alguno creyendo que su hermano habia sido nombrado heredero en testamento por el difunto: por mas que la intencion de Ticio fué realizar los negocios de su hermano, en realidad ejecutó los de los hijos del difunto, los cuales destruido el testamento quedan herederos legítimos del padre. Y como seria injusto que por esta equivocion sintiese Ticio perjuicios perdiendo lo que hubiese satisfecho, podrá repetirlo *actione negotiorum gestorum*. Bien que esta accion deberá entenderse que es *util*, porque realmente no hubo un cuasi-contrato *negotiorum gestorum* entre Ticio y los hijos del difunto. Aquella accion se le concede por equidad.

En este mismo sentido deben entenderse las leyes 5, §. 1, y 6, §. 7 y 8, *eod.*

CUARTO CASO.

CUANDO REALIZO EL NEGOCIO DE MUCHAS PERSONAS SIN TENER OTRA INTENCION QUE LA DE REALIZAR EL NEGOCIO DE UNA DE ELLAS.

195. En este caso segun la sutilidad del derecho, solo deberia tener accion contra aquel cuyo negocio era mi intencion realizar; pero la equidad hace que se extienda esta accion á todos los otros que sacan provecho de mi gestion.

Juliano en la ley 6, §. 6, *eod.* decide este caso primeramente segun la sutilidad del derecho, y en el caso en que uno habia hecho el negocio de un hijo, apesar de que de este negocio reportaba utilidad el padre, no concede contra este otra accion que la *de pe-*

culio quæ datur ex persona filii; porque solo los negocios de este se propuso administrar el ejecutor, y niega que haya contra el padre una accion *ex propia ipsius persona*, por mas que fué él quien se aprovechó de la gestion; y esto porque el gestor no tuvo intencion de hacer su negocio.

Por mas que asi sea, segun la sutilidad del derecho, añade el mismo Juliano que apesar de ella concede la equidad al que tales negocios ejecutó, una accion contra el padre, *in quantum locupretior ex administratione factus est.*

Viceversa, no solo aquel cuyos negocios creia administrar, sino tambien todos los demas que en los mismos tenian interes, podrán dirigirse contra mí, para obligarme á dar cuentas de la administracion bajo la obligacion por parte del que me exigió las cuentas, de defenderme y sacarme indemne en caso de exigírmelas despues los otros; *l.* **31**, §. **1**, *eod.*

QUINTO CASO.

CUANDO ADMINISTRE LOS NEGOCIOS DE UNA PERSONA CON ANMIO DECIDIDO DE HACERLO ASI, PERO SIN INTENCION DE REPETIR LOS GASTOS DE LA GESTION.

196. Es evidente que en este caso no tengo accion alguna para reclamar los gastos de la gestion que se entienden donados.

La sola dificultad que hay en este caso, es la de saber cuando deberá presumirse tal intencion. Acerca de esto debe sentarse por principio que no podrá presumirse con mucha facilidad, segun aquella regla: *Nemo donare præsumitur.*

En nuestra jurisprudencia deberá ponerse todavia mas dificultad en admitir esta presuncion. Asi es que Automne en sus notas á las leyes del título del código *de neg gest.*, observa que no se aplica entre nosotros la ley primera de aquel título, que decide que una madre la cual por amor á sus hijos hubiese instado la destitucion de un mal tutor, no podrá reclamar los gastos que por razon de esta instancia hubiese hecho, debiéndose presumir que al hacerlos no tenia intencion de repetirlos. Por el contrario entre nosotros se cargan estos gastos al menor.

Tambien segun nuestra jurisprudencia se cargan los gastos hechos al menor para darle tutores, y sus parientes que hubiesen

gastado en estas diligencias y hecho los adelantos necesarios, podrân repetirlos á pesar de lo que decide la ley 43, *ff. de neg gest.*

197. Hay algunas circunstancias que solas y separadamente consideradas no podrian inducir la presuncion de que la intencion del que realizó el negocio fué de no repetir los gastos que biciese, pero que reunidas inducirán dicha presuncion. Hé aqui una reseña de esas circunstancias.

1°. Si fuese un padre ó una madre el que administrase los negocios de sus hijos, ó los abuelos de sus nietos, ó los suegros de sus yernos, ó un hermano mayor los de sus hermanos pequeños, ó un amo los de su criado, ó uno que tiene grandes motivos de gratitud para con una persona, admininistrase los negocios de esta.

2°. Si el que administró el negocio era un hombre rico, y pobre aquel á quien el negocio concernia.

3°. Si los gastos fuesen módicos.

4°. Si el que administró no hubiese repetido los gastos de la administracion durante su vida, á pesar de haber sobrevivido largo tiempo.

5°. Si despues de la administracion las partes hubiesen tenido que arreglar algunas otras cuentas sobre diferentes negocios, y en ninguna de ellas se hubiese hecho mérito de los gastos de esta administracion.

Las presunciones resultantes de estas circunstancias pueden ser destruidas ó atenuadas por otras circunstancias que den á entender que la voluntad del que emprendió la gestion fué de repetir estos gastos, como seria si por ejemplo hubiese llevado un registro exacto de todos los gastos que hacia.

198. Se presume mas facilmente la intencion de no reclamar nada en cuanto á los alimentos suministrados á los hijos, que en cuanto á los gastos hechos en la administracion de sus bienes. Asi lo enseña Alejandro en la ley **1**, *cod. d. tit.*, respondiendo á las preguntas de una madre.

En nuestra jurisprudencia no se presumen suministrados los alimentos por los padres á sus hijos sin intencion de reclamar su importe, cuando los hijos tienen bienes suficientes para subvenirse.

Si un abuelo hubiese sacado de la casa de sus padres á uno de sus nietos para tenerle en su compañia, presúmese que lo ha tomado

por su propia conveniencia, y que fué su intencion no reclamar jamas nada de los padres por razon de los gastos de alimentos y educacion.

Hemos hablado de un abuelo solo por via de ejemplo; pues es necesario decidir lo mismo en cuanto á una abuela, á los tios y tias y otros parientes, á un padrino ó una madrina, cuando no aparece mas razon que la del afecto natural á favor del niño para inclinar á estas personas á sacar un hijo de la casa de sus padres y tenerlo en su compañia.

Pero si apareciese alguna otra razon, como si el pariente se hubiese llevado el niño á su casa á fin de que pudiese ir á la escuela á la cual no hubiere podido asistir estando con los padres que viven en el campo; no deberá presumirse que el ánimo de este pariente sea de no exigir pension alguna, á no ser que hubiese algunas otras circunstancias que asi le persuadiesen.

En cuanto á los abuelos, bastarán ligeras presunciones, pero deberán ellas ser mayores respeto de los parientes colaterales.

SECCION II.

DE LAS OBLIGACIONES QUE FORMA EL CUASI-CONTRATO NEGOTIOTUM GESTORUM, Y DE LAS ACCIONES QUE DE ELLAS NACEN.

199. Este cuasi-contrato forma entre el *negotiorum gestor* y aquel cuyo es el negocio obligaciones recíprocas, semejantes á las que entre el mandante y mandatario forma el mandato. El *negotiorum gestor* contrae á favor de aquel á quien atañen los negocios, la obligacion de darle cuenta y entregarle todo cuanto con motivo de la gestion hubiese percibido, cuya obligacion es en esto semejante á la que el mandatario ó procurador contrae para con el mandante. De esta obligacion nace la accion *negotiorum gestorum directa*, por la cual el *negotiorum gestor* puede ser compelido á dar cuentas. Aquel á quien concierne el negocio, contrae asimismo á favor del que lo realizó, la obligacion de satisfacerle los gastos de la gestion. Tambien esta obligacion es semejante á la que contrae el mandante para con el mandatario, y de ella nace la accion *negotiorum gestorum contraria*, que compete al

negotiorum gestor contra aquel cuyo es el negocio, para hacerse reembolsar los gastos adelantados; *l.* 2, *ff. de neg. gest.*

ARTICULO I.

DE LA OBLIGACION DEL NEGOTIORUM GESTOR, Y DE LA ACCION QUE DE ELLA NACE.

200. Como esta obligacion es muy semejante á la del mandatario, para conocer toda su latitud, en que conviene con la del mandatario, y en que de la misma se diferencia, bueno será recordar lo que dijimos de la obligacion del mandatario.

En el número 37 vimos que esta obligacion tiene tres objetos: 1.º obliga al mandatario á ejecutar el negocio comprendido en el mandato; 2.º á poner en la gestion el cuidado necesario; 3.º á dar cuentas.

En cuanto al primer objeto el *negotiorum gestor* es muy diferente del mandatario y hasta de un tutor ó curador. Como el mandatario en virtud de la aceptacion del mandato contrae la obligacion de hacer todo lo que en él va comprendido, es responsable de los daños y perjuicios que sufra el mandante á causa de no ser ejecutados algunos de los negocios comprendidos en el mandato: asi mismo encargado un tutor ó curador de todos los negocios concernientes á la tutela que administra, es responsable de cualquier omision. Por el contrario cuando un *negotiorum gestor* realiza uno de tus negocios, solo debe dar cuenta de aquel que quiso emprender; y nada tiene que ver con los perjuicios que tal vez sufrieres en tus demas negocios que hubiesen estado abandonados. Asi lo enseñan los emperadores Diocleciano y Maximiano en la ley 20, *cod. de neg. gest.*

201. Por mas que el que ejecutó un negocio de alguno no esté obligado á ejecutar los demas, está no obstante obligado á hacer cuanto va anexo al negocio que emprendió, y todo cuanto es necesario para llevarlo á cabo. Asi lo dice Paulo en la ley 21, §. 2, *ff. d. dit.*

202. El *negotiorum gestor* que no lo haya sido de un solo negocio, sino que emprendió la generalidad de los concernientes á una persona, será á veces responsable de los que omitió, cuando, á saber, presentándose como administrador de todos los negocios,

fué con ello causa de que otros no se encargasen de la gestion, y no hayan realizado los negocios que él omitió, negocios que habrian realizado á no haber descansado en él; *l.* 6, §. 12, *eod.*

203. Será sobre todo responsable en este caso de no haberse exigido á si mismo lo que debia á aquel cuyos negocios administró *d.* §. 12. Lo cual deberá tener lugar mas y mas, si la deuda del que emprendió la gestion de mis negocios, estuviese sujeta á prescripcion por un transcurso de tiempo que se hubiese cumplido durante su gestion. Si al pedirle yo aquella deuda me opone la prescripcion, podré replicarle que esta excepcion no es admisible; porque habiéndose inmiscuido en la gestion de mis negocios, estaba en la obligacion de exigirse á sí mismo esta deuda antes que prescribiese: y que por consiguiente es responsable de la misma deuda en virtud de la accion *negotiorum gestorum.* Asi lo establece Ulpiano en la ley 8, *eod.*

Ejemplo: Si el deudor de un boticario, que lo fuese por razon de medicinas, emprendiese la gestion de los negocios de su acreedor y los hubiese administrado por largo tiempo, no podrá despues de tres años oponer la prescripcion de la deuda, cumplida durante el tiempo de su gestion porque debia haberse exigido á sí mismo el pago de la deuda de medicinas que sabia ó debia saber que prescribia por el término de tres años.

204. Puede asimismo imputarse á los herederos del *negotiorum gestor*, que le suceden en su obligacion *negotiorum gestorum*, el no haberse exigido á si mismo lo que debia á aquel cuyos negocios administró, aun cuando la deuda hubiese sido contraida bajo condicion de que no pasaria á los herederos.

Ejemplo: Si uno se hubiese constituido fiador de uno de mis deudores con condicion de que la obligacion de la fianza quedaria extinguida con su muerte sin pasar á los herederos, y posteriormente se hubiese entrometido en la gestion de los negocios; despues de su muerte acaecida durante la gestion si el deudor principal hubiese quebrado, podria dirigirme contra los herederos de mi *negotiorum gestor* y exigirles el pago en virtud de la fianza; y si ellos opusiesen que la obligacion quedó extinguida con la muerte de su causante, podria yo replicarles que son responsables de esta deuda en virtud de la obligacion *negotiorum gestorum* en la cual suceden al difunto, quien en su calidad de *negotiorum gestor* es-

taba obligado á exigirse á sí mismo aquella antes que por su muerte caducase; *d. l.* 8.

205. Puede igualmenet imputarse al *negotiorum gestor* el no haberse exigido á sí mismo lo que debia á aquel cuyos negocios gestionó, en el caso en que hubiese podido emplear la cantidad que adeudaba de manera que hubiese producido intereses, ó librado á aquel á quien concernian los negocios de los que adeudaba á sus acreedores, á cuyo pago habria podido destinarse dicha cantidad. Ya que el *negotiorum gestor* cometió la falta de no exigirse á sí mismo aquella deuda, por mas que esta no produjese por su naturaleza intereses, los deberá sin embargo á aquel cuyos negocios administró en virtud de la obligacion *negotiorum gestorum.* Asi lo enseñan Trifonio, *l.* 34, y Juliano, *d. l.* 6, §. 12, *eod.*

Es evidente que no puede inculparse al *negotiorum gestor* por no haberse exigido á sí mismo lo que debia á la persona cuyos negocios administraba, mientras esta deuda no era exigible.

Asimismo si lo que te debia el que se entremetió en tus negocios no fuese debido sino en cuanto tu le hubieses entregado alguna cosa, si no hubiese encontrado en tus bienes con que pagarse esto que tu le debias pagar antes de exigir la deuda, no podrá imputársele el no habérsela exigido á sí mismo, y su gestion no detendrá el curso de la prescripcion de tu crédito. Asi lo enseña Scæbola en la especie de un vendedor que se entrometió en la gestion de los negocios de aquel á quien habia vendido una cosa que padecia un vicio redhibitorio; *l.* 35, §. 2.

206. Si bien puede imputarse á aquel que sin poder se entremetió en la gestion de los negocios de un acreedor el no haberse exigido á sí mismo lo que le debia; no podrá sin embargo imputársele el no haber exigido lo que le adeudaban otras personas; porque no teniendo poderes no podia obligarles á que le pagasen las deudas.

207. Si fuese un acreedor el que se mezcló en los negocios de su deudor, puede imputársele el no haber empleado el dinero que con motivo de su gestion hubiese percibido, al pago de lo que le debia la persona cuyos negocios administraba, y á pagar á los demas acreedores de esta persona. Asi es que si pudiendo hacerlo asi no lo hubiese hecho, y las cantidades percibidas hubiesen perecido en su poder por algun caso fortuito, será responsable de esta pérdida que habria podido y debido evitarse pagando las deudas

con aquel dinero. No obstante si hubiese tenido un motivo justo para guardar el dinero, por prever tal vez que aquel cuyos negocios administraba, lo necesitaria dentro poco para un negocio importante; en tal caso no seria responsable de la pérdida.

208. Para completar la comparacion entre la obligacion del *negotiorum gestor* y la del mandatario pasemos ya á los demas objetos de la obligacion de este.

Hemos dicho que el mandatario estaba en segundo lugar obligado á poner el cuidado necesario en la gestion del negocio de que se habia encargado: la obligacion del *negotiorum gestor* es por lo regular en esto semejante á la del mandatario, y debe poner en la gestion el mismo cuidado que este, siendo como él responsable de *levi aut levissima culpa*, segun la naturaleza del negocio. Véase lo que acerca de esto se ha dicho antes, *n.* 46, y la ley 11, *d. tit.*

209. Sin embargo el *negotiorum gestor* debe poner en el negocio mayor cuidado que el mandatario, y en negocios comunes para los cuales le bastaria á este poner un cuidado regular, deberá en ciertas ocasiones un *negotiorum gestor* poner todo el esmero posible, y será responsable *etiam de levissima culpa*. Esto tendrá lugar siempre que ingiriéndose en tales negocios impidió que fuesen administrados por personas que serian mas capaces que él; *Instit. tit de oblig. quœ quasi ex contr.*

210. Algunas veces hasta es responsable el *negotiorum gestor* de las pérdidas que hubiesen ocurrido por casos fortuitos en la gestion. Asi sucede cuando emprende por mí y en mi nombre un comercio que yo no habia acostumbrado hacer. Si este comercio no le saliese bien, y sufriese alguna pérdida, podria yo en caso de haber aprobado su comportamiento, dejarle la pérdida por su cuenta; *l.* 11, *eod.*

En vano opondria el *negotiorum gestor* que el que administra un negocio ageno no debe ser responsable de los casos fortuitos, fundado en la ley 22, *cod. de neg. gest.*; porque esta regla tiene lugar respeto de un mandatario que no se excede de los límites de su mandato, y aun respeto de un *negotiorum gestor* que administra sin poderes los negocios de un ausente en cuanto lo que hace es necesario y lo exigen los negocios del ausente. Mas si se lanza á empresas sin las cuales este podia pasarse, cúlpese á sí mismo

este arrojo que le hace culpable por haber expuesto sin necesidad ni conveniencia intereses agenos; *l.* 36, *ff. de neg. gest.*

211. Hay un caso en que por el contrario el *negotiorum gestor* solo debe poner en la administracion buena fé; sin que sea responsable de las faltas que por imprudencia ó impericia cometiese. Este caso es cuando los negocios de un ausente se encuentran completamente abandonados, sin que nadie los cuide, y una persona de buen corazon poco hábil y entendida emprende su administracion; *l.* 3, §. 9, *de neg. gest.*

No debe entenderse por estas palabras: *Dolum dumtaxat prœstare*, de que usa la ley, que el *negotiorum gestor* no sea responsable de las faltas que por negligencia cometiere cuando no es negligente en sus propios negocios, pues tales faltas vienen comprendidas en la palabra general *dolo*: porque contrario á la buena fé y doloso en cierta manera es no cuidar los negocios agenos con la misma diligencia que los propios. El principio que nos obliga á amar al prójimo como á nosotros mismos, nos obliga á poner en sus negocios, cuando los administramos, el mismo cuidado que en los nuestros. Las faltas de que es excusable el *negotiorum gestor*, son solo las que provienen de no tener la habilidad é inteligencia necesarias para los negocios, ó el cuidado de que no es capaz.

Por lo demas esta decision de Ulpiano es muy equitativa. No puede echarse en cara á este *negotiorum gestor* el haberse entrometido en una gestion para la cual debia sentirse incapaz; puesto que suponemos que lo hizo por compasion al ver que los negocios del ausente se hallaban de todo punto abandonados, en cuyo caso mejor era que fuesen cuidados por una persona aunque poco inteligente, que continuar en tal abandono.

212. Finalmente por lo que mira al último objeto de la obligacion del mandatario que versa sobre las cuentas de la administracion y restitucion de lo que por ella hubiese percibido, la obligacion de un *negotiorum gestor* es igual á la del mandatario. Debe tambien como el mandatario entregar todo lo que hubiese percibido con motivo de la gestion, y todo cuanto hubiese cobrado aun cuando fuese indebido. Si yo apruebo el pago de una cosa indebida que él aceptó por mí, y le pido cuentas de ello; no podrá negarse á entregarme la cantidad so pretesto de que no se me debia, has-

tando que la haya cobrado por mí, para que esté obligado á entregármela; *l.* 23, *eod.*

Mas si antes de darme cuenta de este cobro y antes que yo lo hubiese aprobado, descubriese que no se me debia, y por consiguiente la devolviese al que se la pagó, no estaria obligado á abonármela: pero deberia probar entonces que esta cantidad no se me debia, y que hizo bien en devolverla; porque el pago hace presumir verdadera la deuda, hasta que se pruebe lo contrario; *l.* 25, *ff. de probat.*

213. El *negotiorum gestor* está obligado como el mandatario á entregar á aquel cuyos negocios administró, todo cuanto hubiese percibido con motivo de la gestion, y por consiguiente deberá subrogarle en todas las acciones que hubiese adquirido, para que pueda disponer libremente de ellas; véase un ejemplo de esto en la ley 48, *ff. de neg gest*: y *supra*, *n.* 60.

214. De esas obligaciones del *negotiorum gestor* nace la accion *negotiorum gestorum directa* que tiene contra él aquel cuyos eran los negocios administrados para hacerse dar cuentas.

Tengo esta accion no solo contra aquel que cuidó por sí mismo mis negocios, sino tambien contra el que los administró por medio de otro á quien los encargó; porque el que encarga un negocio á otra persona, obra por ella lo mismo que si obrase por sí mismo, segun aquella regla: *Qui mandat, ipse fecisse videtur*; y por lo mismo es responsable de sus actos: asi lo enseña Paulo en la ley 21, §. *fin. eod.*

Asimismo es mas propio que yo me dirija contra ti que encargaste á otro la gestion de mis negocios que contra el que los administró por tu órden: porque el cuasi-contrato *negotiorum gestorum* se forma entre nosotros dos; pues tu eres mi verdadero *negotiorum gestor*, aunque por ministerio de otra persona, como que al encargar á esta mis negocios fué tu intencion cuidarlos; cuando por el contrario el que por tu órden los administraba, pensaba únicamente ejecutar tu mandato.

Por lo demas aunque en rigor de derecho sea asi, tendré sin embargo tambien una accion *util negotiorum gestorum* contra el que los administró por órden tuya.

215. Si fuesen dos personas las que hubiesen administrado los negocios de un ausente, cada uno de ellos deberá responder de lo

que hubiese administrado; no hay entre ellos mancomunidad; *l.* 26, *eod.*

En esto se diferencian los *negotiorum gestores* de los mandatarios, y la razon de esta diferencia es evidente. Cuando uno encarga por poderes la administracion de sus negocios á muchos mandatarios sin compartirla entre ellos, encarga á cada uno toda la administracion, y de toda se encarga cada uno al aceptar la procura: luego se obliga cada uno á dar cuenta de toda la administracion; luego serán solidariamente responsables. Por el contrario cuando dos ó mas personas emprenden de por sí la administracion de los negocios de un ausente, como que este no les encarga la administracion, se entiende que cada uno toma la de los negocios que cuida: luego cada uno de ellos deberá solo responder de esta parte sin ser responsables el uno por el otro.

216. Es evidente que esta accion pasa al heredero de aquel cuyos eran los negocios administrados, quien en su calidad de heredero podrá pedir la rendicion de cuentas. Tambien es evidente que pasa contra el heredero del *negotiorum gestor*, quien deberá dar las cuentas que estaba obligado á dar su principal.

Y deberá darlas no solo de lo que hubiese hecho el difunto, sino tambien de lo que al tiempo de su muerte estaba por hacer y era una continuacion necesaria de la gestion comenzada; puesto que el heredero debe acabarla y dar cuenta de ello. Tambien en esto es semejante el heredero del *negotiorum gestor* al de un mandatario.

217. Pero si este heredero despues de la muerte de su causante hubiese emprendido nuevos negocios, fórmanse entre él y aquel cuyos son un nuevo cuasi-contrato *negotiorum gestorum*, y quedará obligado *ex propria persona.*

218. La ratificacion ó aprobacion de aquel en cuyo nombre y por quien se realizó el negocio no perime la accion que tiene para hacerse dar cuentas; solo produce el efecto de impedir la desaprobacion del negocio, y el que pueda dejarlo de cuenta del que lo realizó; *l.* 7, *eod.*

ARTICULO II.

DE LA OBLIGACION QUE CONTRAE AQUEL A QUIEN CONCIERNEN LOS NEGOCIOS ADMINISTRADOS SIN SU ÓRDEN A FAVOR DEL QUE ASI LOS ADMINISTRÓ Y DE LA ACCION QUE DE ELLA NACE.

Vamos á ver, 1.° cual es esta obligacion, y cual la accion que de ella nace: 2.° en que casos tienen una y otra lugar: 3.° lo que debe practicarse previamente para intentar esta accion, y cuales son sus objetos.

§. I.

Cual es esta obligacion y cual la accion que de ella nace.

219. Aquel cuyos negocios han sido utilmente administrados, mas que esto fuese sin su órden, contrae por el cuasi-contrato *negotiorum gestorum* la obligacion de indemnizar á aquel que los administró, la cual se llama *obligatio contraria negotiorum gestorum*. Esta obligacion no solo da al *negotiorum gestor* á cuyo favor se contrajo, el derecho de anotar y hacerse abonar todo cuanto hubiese gastado, en las cuentas que tiene obligacion de rendir á instancia de aquel á quien conciernen los negocios; sino que ademas le da una accion contra este para que le reintegre estos gastos.

Esta obligacion y la accion que de ella nace, se llaman contrarias, porque en este cuasi-contrato lo mismo que en el mandato no hay mas obligacion principal y esencial que la de dar cuentas, la cual afecta al administrador, la de reintegrar los gastos de la gestion es incidental, ya que podria no tener lugar, si la gestion no requiriese gastos.

§. II.

Cuando tienen lugar esta obligacion y la accion que de ella nace.

220. Para que aquel por quien y en cuyo nombre se realiza un negocio, contraiga la obligacion de reintegrar los gastos de la gestion, es necesario que despues haya aprobado el negocio, ó que este sea tal que no hubiera podido dejar de hacerlo por sí mismo á haberse encontrado en posicion de hacerlo; pues de otra suerte desaprobando lo hecho en su nombre y dejando el negocio de cuenta del que lo emprendió, quedará libre de toda obligacion; *l.* 10, §. 1, *eod.*

221. Cuando se trata de un negocio indispensable ó aprobado, para que aquel á quien concierne esté obligado al pago de los gastos de la gestion, bastará que el negocio haya sido realizado utilmente en sus principios, por mas que por alguna contingencia hubiese quedado despues destruida su utilidad.

Ejemplo: Si en mi ausencia hubiese alguno hecho reparos urgentes y necesarios en mi casa, por mas que no haya podido aprovecharme de estas mejoras á causa de haber sido la casa devorada por un incendio no por esto dejaré de estar obligado á indemnizar los gastos de dichas obras. Asi lo enseña Ulpiano en la *d. l.*

222. De otra suerte seria si los reparos que alguno hubiese hecho en una mala casa que me pertenecia, por mas que necesarios para evitar su ruina, habian de ser tan costosos que á haberme encontrado presente hubiera preferido que se arruinase la casa antes que hacer tales gastos. Ulpiano niega en este caso la accion al que hubiese hecho esas obras; porque es un negocio que yo no habria hecho estando presente, y no debo reintegrar unos gastos de que ninguna utilidad saco. Aun cuando el que tales gastos hizo, hubiese creido de buena fé hacerme un favor, bastará que el negocio sea tal que yo no hubiese debido emprenderlo, para que no tenga accion contra mí, *d. l.* 10, §. 1.

Esto tendrá lugar sobre todo si el que emprendió el negocio sin mi órden, estaba en posicion de poderme consultar antes: pues entonces podré yo mas fundadamente decir que si me hubiese consultado, no le habria autorizado sin duda, y que tiene culpa en no haberlo hecho.

Pero si no está en posicion de consultarme, no deberá atenderseme tan facilmente, si digo despues de visto el mal resultado del negocio, que no habria querido emprenderlo: bastará en tal caso para que se me juzgue obligado, que parezca que mis intereses exigian la realizacion de este negocio.

Si el negocio fuese muy importante, y el *negotiorum gestor* no pudiese consultarme, hará bien para su mayor seguridad en reu-

nir á mi familia ante el juez á fin de hacer constar en su presencia que mi interés reclama la realizacion del negocio; en cuyo caso cualquiera que sea su éxito, no podré negarme al pago de los gastos de su gestion.

223. Si bien respeto de un negocio indispensable ó aprobado, basta que el *negotiorum gestor* haya administrado útilmente el negocio, por mas que esta utilidad no haya subsistido; será sin embargo necesario que la destruccion de esta utilidad no pueda atribuirse á culpa suya, pues de otra suerte no podria reclamar el reembolso de los gastos; *l.* 22, *eod.*

Este principio sufria por derecho romano otra excepcion respeto de los negocios de impuberes. Por indispensable que fuese un negocio de estos, el que lo hubiese emprendido no podia reclamar el reembolso de los gastos de la gestion, sino en cuanto el impuber resultase mas rico al tiempo de contestar la demanda; *l.* 37, *eod.*

Yo no creo que esta decision deba tener lugar entre nosotros. Es verdad que en cuanto á los contratos, el impuber sin la autoridad de su tutor no puede quedar obligado sino en cuanto saliese mejorado con ellos; pero esto es porque en los contratos falta por parte del impuber el consentimiento que se reputa no poder dar con el discernimiento necesario sin la asistencia y autoridad del tutor; por lo cual siendo nulo el contrato, solo quedaria obligado en fuerza de la equidad natural que no permite que nadie se enriquezca á expensas de otro. Empero no es lo mismo respeto de los cuasi-contratos; puesto que no siendo hijas del consentimiento las obligaciones que estos producen, es indiferente que las personas que las contraen se conceptuen incapaces de darlo. Asi en el cuasi-contrato *negotiorum gestorum* aquel en cuyo nombre se ha hecho un negocio que el estado de sus cosas exigia, contrae á favor del que lo realizó, la obligacion de pagar los gastos de la gestion, aun cuando un caso fortuito viniese á destruir su utilidad. Contrae esta obligacion sin necesidad de consentimiento, puesto que la contrae aun antes de tener noticia de la gestion que la produce; asi es indiferente que uno sea capaz de prestar este consentimiento, y por lo mismo que sea impuber ó puber, menor ó mayor de edad. Luego el derecho romano no debia exceptuar del principio general la gestion de los negocios de impuberes, tanto menos cuanto que concede al tutor la accion *contraria tutelæ* contra el impuber, cuando ha tratado bien y útilmente sus negocios, aunque estos hayan tenido despues un mal éxito; *l.* 3, §. 7, *ff. de contrar. tut. act.* ¿Porque pues no habia de conceder en un caso semejante contra el impuber la accion contraria *negotiorum gestorum*?

225. Un caso hay en que no quedo obligado à indemnizar al *negotiorum gestor* que administró utilmente un negocio mio, por mas que saque provecho de la gestion: tal es el caso en que se justificase que este *negotiorum gestor* impidió que realizase el negocio otra persona que por mera amistad se ofrecia à ejecutarlo á sus costas y sin pedir nada.

§. III.

De lo que debe practicarse previamente para intentar la accion contraria negotiorum gestorum, *y cuales son sus objetos.*

226. El *negotiorum gestor* no puede entablar esta accion contra aquel cuyo negocio realizó, sin presentar antes cuentas detalladas de su gestion ofreciendo los justificativos. En esto se parece á un mandatario. La razon es que en todos los contratos ó cuasi-contratos sinalagmáticos ó bilaterales la una de las partes no puede exigir á la otra que cumpla con su obligacion sin estar pronta á cumplir la suya propia. Ademas de que solo por las cuentas puede saberse lo que puede pedir el *negotiorum gestor*.

Si aquel á quien se presentan las cuentas pone reparos, el *negotiorum gestor* debe contestar á ellas, y se forma una instancia sobre liquidacion y aprobacion de cuentas. Si no hubiese oposicion, el *negotiorum gestor* despues de acusada la rebeldia podrá pedir que se condene á aquel cuyo era el negocio, al pago de la cantidad que segun las cuentas acredita.

227. Esta accion tiene, como la *contraria mandati*; dos objetos, siendo el primero el reembolso de las cantidades que el *negotiorum gestor* hubiese tenido que adelantar: si por culpa suya hubiese gastado mas de lo necesario, solo recobrará lo que habria sido necesario: *l.* 25, *ff. de neg. gest.*

228. El segundo objeto de esta accion es la liberacion que el *negotiorum gestor* puede pedir de las obligaciones que con motivo de la gestion hubiese contraido.

Ejemplo: Si uno hubiese hecho alguna contrata con albañiles para las reparaciones de las casas de la persona cuyos negocios administraba, y en su propio nombre se hubiese obligado á satisfacer el precio convenido, aquel cuyas eran las casas, á fin de procurarle la absolucion de tales obligaciones, deberá presentarle ó bien la ápoca firmada por los acreedores, ó bien una subrogacion en virtud de la cual hubiesen aceptado por su único deudor al dueño de las casas en lugar del *negotiorum gestor*. Sino se cumpliesen estos requisitos, podrá el *negotiorum gestor* pedir que el dueño de las casas le satisfaga las cantidades á cuyo pago se obligó.

FIN DEL TRATADO DEL MANDATO Y DE LOS CONTRATOS DE BENEFICENCIA.

INDICE

De los Tratados, Capítulos, Secciones, Artículos y Párrafos contenidos en este tomo.

TRATADO DE LOS CONTRATOS DE BENEFICENCIA.

Tratado del comodato y del precario.

Tratado del Mutuo y de otras materias que tienen relacion con el mismo.

PARTE PRIMERA.

DEL MUTUO.

PARTE SEGUNDA.

DE LAS USURAS QUE SE ESTIPULAN EN EL MUTUO. 78

PARTE TERCERA.

DEL CUASI-CONTRATO LLAMADO PROMUTUO Y DE LA ACCION CONDICTIO INDEBITI.

Tratado del contrato de depósito.

Tratado del mandato.

FIN DEL ÍNDICE.